



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE - FURG
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

SÉRGIO DANILO MADEIRA

**AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES ENTRE MÉDICOS E PACIENTES:
RELEVÂNCIA E PAPEL DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

Rio Grande - RS

2016

SÉRGIO DANILO MADEIRA

**AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES ENTRE MÉDICOS E PACIENTES:
RELEVÂNCIA E PAPEL DO CONSENTIMENTO INFORMADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito e Justiça Social.

Linha de Pesquisa: A Realização Constitucional da Solidariedade

Orientadora: Prof^a. Dra. Maria Claudia Crespo Brauner

Rio Grande - RS

2016

Ficha catalográfica

M182a Madeira, Sérgio Danilo.

Autonomia privada existencial e proteção dos direitos da
personalidade nas relações entre médicos e pacientes: relevância e
papel do consentimento informado / Sérgio Danilo Madeira. – 2016.
107 p.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande –
FURG, Programa de Pós-graduação em Direito, Rio Grande/RS,
2016.

Orientadora: Dr^a. Maria Claudia Crespo Brauner.

1. Dignidade humana 2. Direito da personalidade 3. Autonomia
existencial 4. Bioética 5. Consentimento informado I. Brauner, Maria
Claudia Crespo II. Título.

CDU 34:614.253

Sérgio Danilo Madeira

**AUTONOMIA PRIVADA EXISTENCIAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
NAS RELAÇÕES ENTRE MÉDICOS E PACIENTES: RELEVÂNCIA E PAPEL DO
CONSENTIMENTO INFORMADO**

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Direito e Justiça Social, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande. Faculdade de Direito (FADIR).

Data da Defesa: 30 de março de 2016.

Banca examinadora:

.....
Prof^a. Dr^a. Maria Cláudia Crespo Brauner (Orientadora) - Universidade Federal de Rio Grande (FURG).

.....
Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - Universidade Federal de Rio Grande (FURG).

.....
Prof^a. Dr^a. Maria Cristina Cereser Pezzella – Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC).

**Aos meus pais Manoel Madeira e Maria Cristina pelo amor,
abnegação e a renúncia de projeto existências para que a
de outros muitos se concretizassem.**

**À Marcus Vinicius Madeira por me ensinar a me reinventar
e, assim, compreender que atravessar o deserto da
existência é a única forma de chegar ao caminho que nos
leva na direção de nós mesmos.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço profundamente à professora Maria Claudia Crespo Brauner pela sua competência e por aceitar me orientar na condução deste trabalho. Agradeço a sua amizade, o seu carinho e o seu constante apoio e solidariedade nos momentos mais difíceis, sempre me fazendo crer que o intento deste trabalho era possível e factível.

Agradeço aos meus irmãos: Carlos Guilherme, Júlio César, Luiz Eduardo e Marcus Vinícius, pelo apoio de sempre, especialmente, nesta caminhada, cada qual contribuindo ao seu modo.

Agradeço aos amigos da Sociedade União e Instrução Espírita.

Agradeço à Gabriela Medina Álvares pelos muitos momentos do pretérito que me trouxeram a este momento.

Agradeço ao apoio e as palavras amigas que deram asas a essa e a muitas outras jornadas: João Pedro Alves, Antônio Azocar, Vicente Gill, Fernando Brandão, Charles Leal, Antônio Calçada, Antônio Carinci, Henrique Giuste Moreira, Maurílio Batista, Josele Acosta, Edegar Ribeiro júnior, Cícero Escobar, Gustavo Haical, Matheus Sacramento, Cleni e Belmiro, Sônia e Chico, Andrews Duarte e Milton Duarte, Letícia Hax, Ceni Jaekel, Ana Maria Isquierdo.

Aos professores do mestrado, Eder Dion, José Ricardo Caetano Costa pelas pessoas iluminadas que são e o amor que irradiam aos seus alunos.

Minha gratidão à professora Liane Francisca. Pelo privilégio de ter cruzado pelo seu caminho. Pela possibilidade de sentir-me como um filho e não aluno nos momentos em que estivemos juntos em sala de aula. Guardarei na lembrança a magia da sua presença.

Ao professor Anderson Lobato pela sua seriedade, compromisso e dedicação pelo ensino jurídico, e, especialmente, pela sua invariável sinceridade.

Aos que não se encontram aqui destacados e que me querem bem, segue o meu agradecimento, pois, como diria Mário Quintana: "Eu estou vivo nos olhos de todos aqueles que me querem".

Que este trabalho seja um incentivo a Arthur Madeira e o pequeno Otávio que logo mais tarde estará entre nós: no mundo jurídico das pessoas...

Humaninhos

Darwin nos informou que somos primos dos macacos, e não dos anjos. Depois, ficamos sabendo que vínhamos da selva africana e que nenhuma cegonha nos tinha trazido de Paris. E não faz muito tempo ficamos sabendo que nossos genes são quase iguaizinhos aos genes dos ratos.

Já não sabemos se somos obras-primas de Deus ou piadas do Diabo. Nós, os humaninhos:

os exterminadores de tudo,

os caçadores do próximo,

os criadores da bomba atômica, da bomba de hidrogênio e da bomba de nêutrons, que é a mais saudável de todas porque liquida as pessoas, mas deixa as coisas intactas.

Os únicos animais que inventam máquinas,

os únicos que vivem ao serviço das máquinas que inventam,

Os únicos que devoram sua casa,

os únicos que envenenam a água que lhes dá de beber e a terra que lhes dá de comer;

os únicos capazes de alugar-se ou vender-se ou de alugar ou vender os seus semelhantes,

os únicos que matam por prazer,

os únicos que torturam,

os únicos que violam.

E também

os únicos que riem,

os únicos que sonham acordados,

os únicos que fazem seda da baba dos vermes,

os que convertem lixo em beleza,

os que descobrem cores que o arco-íris desconhece,

os que dão novas músicas às vozes do mundo

e criam palavras, para que não sejam mudas

nem a realidade nem sua memória.

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo analisar a proteção da autonomia privada existencial por meio da incidência dos direitos da personalidade nas relações entre médicos e pacientes pela via do consentimento informado. Para tanto, analisa-se a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, bem como as fraturas ocorridas no âmbito da concepção tradicional do sistema de Direito Privado e o emergir de uma nova racionalidade jusprivatista, em profícuo diálogo com a Constituição e os chamados microssistemas legislativos. Nesse contexto, a dignidade da pessoa, princípio basilar de todos os sistemas jurídicos ocidentais na contemporaneidade promove um movimento de repersonalização do Direito Civil, concretizado a partir da afirmação da Constituição como norma jurídica suprema e do fenômeno da constitucionalização do Direito, com ênfase no Direito Privado. Examina-se, então, os direitos da personalidade, como instrumentos da tutela avançada da pessoa, destacando a positivação no ordenamento jurídico brasileiro da sistemática de um direito geral e direitos típicos da personalidade. Por fim, analisa-se a autonomia e a vulnerabilidade nas relações entre médicos e pacientes e o papel a ser desempenhado pelo consentimento informado a partir de um lineamento bioético e jurídico, sem descurar de uma análise crítica de tais institutos.

Palavras-chave: Dignidade Humana. Direitos da Personalidade. Autonomia Existencial. Bioética. Consentimento Informado.

ABSTRACT

This study aims to analyze the protection of private existential autonomy through the incidence of personal rights in the relations between doctors and patients by means of informed consent. To this end, it is analyzed the dichotomy between Public and Private Law, such as the fractures that occurred within the traditional concept of Private Law system and the emergence of a new private rationality, in fruitful dialogue with the Constitution and the so-called legislative microsystems. In this context, personal dignity, a basic principle of all Western legal systems in contemporary times, promotes a repersonalization movement of civil law, achieved from the affirmation of Constitution as the supreme legal standard and the institutionalization of law phenomenon, with emphasis on Private Law. It is examined, then, personality rights as advanced protection instruments of the individual, highlighting positivization in the Brazilian law of a general right system and typical personality rights. Lastly, it is analyzed the autonomy and vulnerability in the relations between doctors and patients and the role to be played by the informed consent from a bioethical and legal guideline, without neglecting a critical analysis of such institutes.

Keywords: Human Dignity. Personality Rights. Existential Autonomy. Bioethics. Informed Consent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-METODOLÓGICA	14
1.1 A dicotomia público x privado: o balanço de uma relação e seu impacto no direito	15
1.2 As fraturas na racionalidade do sistema de direito privado: da descodificação à recodificação	25
1.3 A dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito privado.	32
2. A TUTELA AVANÇADA DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE	44
2.1 Evolução histórico-metodológica função dos direitos de personalidade.....	44
2.2 Estrutura e qualificação jurídica dos direitos de personalidade	56
2.3 A sistemática da positivação dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: direito geral e direitos típicos da personalidade	64
3. AUTONOMIA E VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES ENTRE MÉDICOS E PACIENTES: O PAPEL DO CONSENTIMENTO INFORMADO	74
3.1. Lineamento bioético e jurídico na relação entre médico e paciente	76
3.2. A modelagem jurídico-dogmática do consentimento informado no direito brasileiro	84
3.3. Perspectiva crítica do consentimento informado: entre autonomia e vulnerabilidade (pacientes vulneráveis).....	90
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101

INTRODUÇÃO

Vivencia-se o alvorecer de um novo século e a promessa de uma sociedade livre, igualitária e fraterna ainda não se realizou, embora a sua chegada seja profundamente aguardada pelos homens desde o século XIX. No século XX, o progresso científico possibilitou que uma parcela da humanidade desfrutasse das "maravilhas" que o gênio humano foi capaz de engendrar. Assistiu-se o acelerado crescimento da economia, ao aumento da produção de bens e serviços, e a conseqüente expansão dos mercados e do consumo. Os meios técnicos e científicos de proteção da saúde humana também se ampliaram significativamente.

O Estado gradualmente foi deixando de apenas tutelar as "regras do jogo social" passando a promover interesses ligados a demandas e interesses coletivos. No campo da saúde humana, descobertas científicas advieram e novas terapias médicas foram sendo incorporada pelas ciências médicas oportunizando uma revolução acerca de questões sanitárias afastando com isso epidemias, mortes prematuras dos recém-nascidos, a mortalidade infantil, proporcionando, assim, expectativas de vida mais longevas para as pessoas. Tudo isso sinalizando, aparentemente, um ambiente favorável para que cada qual desenvolvesse a sua maneira a partir de sua singularidade, os seus projetos existenciais.

Contudo, o progresso tecnológico e científico não teve o condão de evitar duas grandes guerras mundiais. Tampouco impediu que nestas o sacrifício de milhões de vidas humanas ocorresse. A racionalidade dos homens, não evitou o holocausto, a experimentação científica criminosa de médicos traidores dos ensinamentos de Hipócrates - os quais ao se diplomarem como médicos juraram não fazer o mal a seus pacientes -, a utilização de armas químicas, enfim, das mais diversas violações aos direitos inalienáveis e fundamentais do homem, cujos direitos já lhe haviam sido "outorgados" desde século XVIII. Nas gerações que se sucederão tudo isso deverá permanecer arquivado, material ou imaterialmente para que o lado inumano do humano não seja esquecido e sua barbárie possa ser superada através de modelos civilizatórios de emancipação. E o Direito constantemente atento a estas violações reconhece o surgimento de novas garantias e relações jurídicas para e

entre as pessoas como forma de coibir em relação a estas a repetição e a perpetuação de violações oriundas do arbítrio humano.

Se for certo pensar que os homens são os *únicos capazes de alugar-se ou vender-se ou de alugar ou vender os seus semelhantes* como nos fez refletir Eduardo Galeano, nas linhas que inauguram este estudo, também é certo e justo considerar que são esses mesmos homens que criaram através da experiência cultural o Direito, o qual também é próprio para proteger, emancipar e libertar os seres. Gabriel Garcia Marquez nos advertira que "1 não teremos outro mundo para o qual possamos nos mudar", e, por isso, necessitamos transformar aquele que temos. A ética gradativamente perde espaço para o consumo, o qual tem instrumentalizado os veículos mais sólidos para o exercício da cidadania. Diante disso, no escopo da construção de um mundo mais justo e solidário o Direito possui papel fundamental para a transformação dessa sociedade e a condução desse processo.

Com efeito, como força motriz dessa transformação a dignidade da pessoa humana assentou-se como valor jurídico fundamental dos Estados constitucionais a partir do Segundo Pós-Guerra, imprimindo uma mudança radical no constitucionalismo e no Direito infraconstitucional até os dias do presente. Igualmente, a dignidade como valor Constitucional impõe a conformação da sociedade civil em relação ao projeto civilizatório que sua promoção e proteção prescindem e reivindicam. Nesse sentido, urge não só produzir novas relações jurídicas, mas, sobretudo, visitar as já existentes a fim de confrontá-las com os valores dirigentes estabelecidos pelas constituições dos estados democráticos, notadamente, no caso deste estudo, o Direito brasileiro.

No campo da saúde, em relação às práticas biomédicas, isso tem sido feito com relevo e seriedade pela Bioética que investiga as assimetrias injustificadas das relações entabuladas entre médico e pacientes e os conflitos éticos oriundos dessas relações. As reflexões bioéticas foram fundamentais para a construção de deveres objetivos imputados aos médicos em seus atos em relação as pessoas que estão sob os seus cuidados, ou seja, seus pacientes.

¹ <http://amenteemaravilhosa.com.br/35-frases-gabriel-garcia-marquez-lembrar-sempre/> Acessado em 22-01-2016.

Dentre elas, destaca-se o papel do consentimento informado e esclarecido como um instrumento de proteção à integridade psicofísica da pessoa, tornando obrigatória, para toda e qualquer intervenção no corpo humano com finalidade terapêutica ou científica, a prévia autorização do paciente conferida ao médico para tal expediente clínico.

Reconhece que o Estado Democrático de Direito brasileiro fundamenta-se no valor da dignidade da pessoa humana e que os direitos da personalidade, assim como os fundamentais ligados diretamente aos atributos essenciais da condição humana, apresentam-se como estruturas dogmáticas de proteção desse valor elementar. E por esta condição é imperioso analisar a sua efetividade, tanto nas relações jurídicas intersubjetivas bem como naquelas desenvolvidas entre os indivíduos com o Estado.

Nesse sentido, o presente estudo possui como objetivo analisar a proteção da autonomia privada existencial por meio da incidência dos direitos da personalidade nas relações entre médicos e pacientes pela via do consentimento informado. Para tanto, analisa-se a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, fazendo o balanço dessa relação e seu impacto no Direito notadamente quanto ao seu significado, transformações e atual estado de conformação, com o intuito de analisar as fraturas ocorridas no âmbito da concepção tradicional do sistema de Direito Privado e o emergir de uma nova racionalidade jusprivatista, menos arrogante e mais autoconsciente, em profícuo diálogo com a Constituição e os chamados microssistemas legislativos.

Nesse contexto, verifica-se que a dignidade da pessoa, princípio basilar de todos os sistemas jurídicos ocidentais na contemporaneidade promove um movimento de repersonalização do Direito Civil, que não prescinde da afirmação da Constituição como norma jurídica suprema, cuja normatividade deve espalhar-se sob todos os confins do Direito, na chamada constitucionalização do Direito, que se enfatiza sob o viés do Direito Privado, campo normativo que acolhe de modo privilegiado a proteção da personalidade humana nos seus aspectos mais essenciais.

Examina-se, então, por meio dos direitos da personalidade, destacando a sua evolução histórico-metodológica, função, estrutura e qualificação jurídica no

direito brasileiro bem como a positivação no ordenamento jurídico brasileiro do direito geral e direitos típicos da personalidade.

Na última parte deste estudo, analisa-se a autonomia e a vulnerabilidade nas relações entre médicos e pacientes bem como a função do consentimento informado nestas relações. Desenvolvendo-se, a partir disso, um lineamento bioético e jurídico da relação médico e paciente e uma modelagem jurídico - dogmática do consentimento informado e a sua expressão no direito brasileiro. Por derradeiro, investiga-se por intermédio de uma perspectiva crítica do consentimento informado a autonomia e vulnerabilidade dos pacientes.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-METODOLÓGICA

O direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade.²

Como se depreende da epígrafe acima, o grande norte dos sistemas jurídicos do século XIX foi à tutela do patrimônio, principalmente no quadrante do Direito Privado, visto que o comprometimento daqueles com a tutela dos aspectos mais essenciais da pessoa era bastante diminuto. Todavia, a proteção de bens jurídicos de caráter existencial, tais como a vida e a saúde humana, têm sido, hodiernamente, objeto de preocupação de todo o ordenamento jurídico. No entanto, os grandes ramos do direito, quais sejam, aqueles integrantes da *summa divisio* apresentam funcionalidades diversas na consecução do objetivo supramencionado.

Nessa linha de raciocínio, uma compreensão juridicamente adequada do instituto do consentimento informado passa por uma contextualização na "rosa dos ventos" do Direito, de modo que, ao se aventurar por esses mares, os estudiosos dos aspectos existenciais da tutela da pessoa humana tenham uma rota precisa e segura para chegar ao seu destino.

² GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 747, 1998, p. 25.

Diante de tal contexto, frisa-se, sob o aspecto jurídico-metodológico, que o presente capítulo abordará a distinção classicamente estabelecida entre Direito Público e Direito Privado no seu evoluir histórico, analisando as tensões e transformações dessa grande dicotomia jurídica, além de verificar o atual estágio acerca de sua compreensão. Em seguida, proceder-se-á à análise da dignidade da pessoa humana como valor ético-civilizatório, seu desenvolvimento enquanto estrutura jurídica, bem como sua positivação no âmbito das Constituições ocidentais, no bojo do fenômeno conhecido como "constitucionalização do direito", notadamente em suas projeções/concreções na seara da chamada repersonalização do sistema de Direito Privado.

1.1 A dicotomia Direito Público e Direito Privado: o balanço de uma relação e seu impacto para o sistema jurídico

Como já referido, um dos temas mais importantes na evolução do pensamento jurídico no ocidente consiste na dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado. Por isso, ele necessita ser devidamente compreendido, com vista a permitir maior clareza conceitual em sua utilização, bem como estabelecer as suas limitações jurídico-dogmáticas. Para tanto, é imperiosa a análise de alguns aspectos históricos, político-econômicos e jurídico-metodológicos pertinentes à temática.

Primeiramente, ressalta-se a importância das instituições de Direito, construídas e sistematizadas desde a República Romana, datada do século VI a.C. até o final do Império Romano do Ocidente século V d.C. Lembra-se, quanto a esse ponto, que o Império Romano, sucessor da República, é considerado como a expressão política e jurídica da civilização que vivia no espaço territorial compreendido entre a região mediterrânea meridional e ocidental da Europa, englobando as regiões da África do Norte e da Ásia Menor, no período que vai do século I a.C. até o século III d.C. (GILISSEN, 2013).

No século V da era cristã, após sucessivas invasões dos povos bárbaro-germânicos, e o aprofundamento de contradições internas, que resultaram no agravamento de sua crise político-econômica, o Império Romano é desmantelado (D'ASSUNÇÃO BARROS, 2012). É possível aferir que três grandes civilizações foram gestadas a partir do espólio deixado pelo Império quando as suas fronteiras

desapareceram. São elas: a civilização bizantina, de conotação greco-cristã, e a civilização árabe-islâmica no oriente; ao passo que, no ocidente, despontou a civilização latino-cristã. A sua divisão no ocidente ensejou a formação de muitos reinos, os quais eram formados por tribos de origem germânicas que se situavam no território de domínio do antigo Império Romano do Ocidente. Destacam-se, aqui os seguintes povos: os francos, ostrogodos, visigodos e lombardos (CAENEGEM, 2000, p. 23).

Até o século III d.C, toda a população do Império estava sujeita ao Direito Romano. Poder-se-ia supor que, com o seu declínio, suas formas jurídicas teriam igualmente sido extintas pela possível e razoável desconsideração dessa construção cultural por parte dos povos bárbaros germânicos. Entretanto, a ordem jurídica romana, embora fustigada, não desaparecera completamente. Em realidade, perdera o status e a supremacia como fonte jurídica que dispunha outrora. Nesse sentido, acrescenta-se que, após a queda do Império, estavam inteiramente sujeitos a sua ordenação jurídica apenas os indivíduos de origem romana, descendentes das velhas populações nativas de Roma (GILISSEN, 2013, p. 87).

Sobre o tema, constata-se que, em consequência do estabelecimento das tribos germânicas sobre os escombros do Império Romano do Ocidente - que possuíam cultura e organização jurídica próprias - o abandono da tradição das grandes escolas de Direito de outrora, do saber dos juristas romanos, bem como do legado cultural deixado pelos gregos. Verificou-se, também em razão dessas seqüências de eventos, o estabelecimento de um profundo empobrecimento cultural no ocidente continental europeu³.

A partir do século IX d. C, surge o Direito Feudal e se espalha pela Europa Ocidental, dominando-a e atingindo sua plena maturidade entre os séculos XII e XIV da era cristã, com a formação do chamado *Ius Commune* (GROSSI, 2014, p. 9). O Direito Feudal chegará à Europa ao seu completo desenvolvimento ao longo dos séculos X, XI, XII, para atingir a maturidade referida supra, não seguindo a mesma evolução cronológica em todos os países. Importa salientar, acerca desse ponto,

³ Conforme CAENEGEM, Raoul C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2.ed edição. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 24: "O direito romano estava reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o 'direito romano vulgar' que prevalecia na Itália e no Sul da França. O direito vulgar era usado em certa medida nas compilações rudimentares feitas, sob as ordens dos reis germânicos, em benefício de seus súditos romanos"

que ele se caracteriza na sua essência, por ser um conjunto de instituições decorrentes das relações feudo-vassálicas. Nessas relações, o vassalo é um homem livre, porém, comprometido contratualmente e solenemente com o seu senhor feudal, e, por isso, obriga-se a lhe prestar ajuda e fidelidade para receber, em contrapartida, a sua proteção (GILISSEN, 2013, p. 189).

De outra parte, a sociedade medieval, bem como a ordem jurídica que ela produziu, em razão da ausência de uma estrutura de autoridade que monopolizasse o exercício do poder político - como, por exemplo, o Estado moderno - possuía um caráter eminentemente pluralista, constituindo uma verdadeira "poliarquia", no sentido hegeliano do termo. Isso significa dizer que, em não existindo um poder único e unitário, a regulação jurídica dessa sociedade advinha de uma multiplicidade de fontes normativas. Delas resultavam diversos ordenamentos jurídicos, os quais atuavam simultaneamente e com os mais variados graus de eficácia, por vezes reafirmando mutuamente o seu conteúdo, por outras, em franca contradição com este. Sobre o tema, destaca Norberto Bobbio que:

No que diz respeito às fontes, operavam na sociedade medieval ao mesmo tempo, ainda que com diferente eficácia, os vários fatos ou atos normativos que, numa teoria geral das fontes, são considerados como possíveis fatos constitutivos da normatividade jurídica, quer dizer o costume (direito consuetudinário), a vontade da classe política que detém o poder supremo (direito legislativo), a tradição doutrinária (direito científico), a atividade das cortes de justiça (direito jurisprudencial). Com relação à pluralidade dos ordenamentos, pode-se dizer em geral que existiam ordenamentos jurídicos originários e autônomos, seja acima do *regnum*, isto é, a Igreja e o Império, seja abaixo, como os feudos, as comunas, as corporações (BOBBIO, 2000, p.17-18).

Nesse contexto histórico, percebe-se o ocaso do Direito Romano e o desaparecimento de sua força significativa durante alguns séculos. Todavia, ele retorna à voga quando é redescoberto nos estudos oriundos do movimento renascentista que ganha lugar na Europa com o fim da Idade Média (STEIN, 2001. p. 53).

A redescoberta das instituições romanas, especialmente de Direito Privado, terá grande importância no alargamento das fronteiras entre o Direito Privado e o Direito Público, tendo em vista que o primeiro havia sido substancialmente mais desenvolvido pelos romanos do que o segundo. Séculos depois, já nos oitocentos,

ao serem "redescobertos" pela Escola Histórica e pela Pandectística alemã, serviria de interessantes instrumentos para o desenvolvimento das relações econômicas e do capitalismo, motivo pelo qual suas instituições passam a ser revisitadas e reformuladas (WIEACKER, 1993, p. 491).

Feitas essas brevíssimas considerações (de natureza eminentemente contextual), passa-se propriamente ao enfrentamento de um dos maiores legados da cultura jurídica romana ao direito ocidental moderno: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

Quando se fala na dicotomia entre público e privado, deve-se ter em mente que ela consiste em uma das grandes dicotomias, ou seja, elemento classificatório e ordenador não apenas do campo jurídico, mas da compreensão de diversas outras áreas das ciências humanas e sociais, e ao qual são remetidas outras dicotomias. Por isso, impende esclarecer, antes de tudo, o significado do termo dicotomia a ser utilizado no estudo em curso. Adota-se para tanto, o critério estabelecido por Norberto Bobbio. O jurista italiano entende que, para qualificar algo como dicotômico, deve-se primeiramente dividir um universo ou realidade de forma dual, isto é, em duas esferas conjuntamente exaurientes, no sentido de que ambas esgotem o universo a que pertencem, e sem que haja a possibilidade de coexistência de um terceiro conjunto. Para que isso ocorra, cada um dos conjuntos que integram o respectivo campo (público ou privado) deve ser exaustivamente delimitado no que diz respeito aos seus elementos e características "reciprocamente excludentes", isto é, de modo que "os entes de um universo não podem se encontrar no outro e vice-versa" (BOBBIO, 2007, p.13-14).

O autor italiano acrescenta que uma grande dicotomia deve ter a capacidade de estabelecer uma *divisio* que é, ao mesmo tempo, "total, enquanto todos os entes aos quais atualmente e potencialmente a disciplina se refere devem nela ter lugar, e principal, enquanto tende a fazer convergir em sua direção outras dicotomias que se tornam, em relação a ela secundárias" (BOBBIO, 2007, p.14).

O binômio Direito Público x Direito Privado, cuja existência remonta ao direito romano e podendo ser verificado no texto do *Corpus Iuris Civilis*⁴ (BOBBIO,

⁴ CAENEGEM, Raoul C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2.ed. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 25: Conforme alude Caenegem, o nome *Corpus Iuris Civilis*, atribuído a importante obra legislativa do

2007, p.13), era caracterizado, na experiência jurídica romana, da seguinte maneira: "o *ius publicum* era tão somente o direito derivado do Estado e de caráter obrigatório para a comunidade; o *ius privatum*, contrariamente, representava as relações firmadas entre os indivíduos no exercício de sua autonomia" (AMARAL, 2003, p. 70).

Assim, Direito Público é o que se volta ao estado da *res romana*. Direito Privado é o que se volta à utilidade de cada um dos indivíduos, no uso de sua liberdade. O Direito Público constitui-se nos *sacra*, sacerdotes e magistrados. "O Direito Privado é tripartido: foi, pois, selecionado ou de preceitos naturais, ou civis, ou das gentes" (FACCHINI NETO, 2003, p.14).

Entretanto, o significado de Direito Público e Direito Privado modifica-se com o desenvolvimento da vida social, política e econômica, dando ensejo a períodos alternados de supremacia de um ramo do direito sobre o outro. Essa discussão passa a ser reexaminada após a transição do período medieval. Produtor de um verdadeiro direito feudal⁵, como já destacado, para a Idade Moderna (MARTINS-COSTA, 2002).

Por isso, essa discussão em relação ao público e ao privado ganha lugar na Idade Moderna, especialmente, com o fortalecimento do comércio, o ressurgimento das cidades e a afirmação dos Estados nacionais. Se, por um lado, verifica-se o interesse da burguesia no fortalecimento da monarquia nacional como uma estabilidade política, econômica ao livre desenvolvimento do comércio por estes agentes; por outro, ao monarca essa relação com a burguesia era também interessante, na medida em que se revelava como uma fonte de aquisição e acumulação de riqueza, sobretudo, pela tributação cada vez intensa dos lucros obtidos pela burguesia em seus atos de comércio. Essa função estritamente tributária derivada do "agir Real", sem o objetivo de intervenção na esfera da liberdade econômica dos indivíduos, constitui-se como fonte também de aquisição

Imperador romano Justiniano, é datado do século XII d. C. Até essa data eram apenas conhecidas compilações feitas por este imperador no século V d.C.

⁵ CAENEGEM, Raoul C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. *Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão Eduardo Brandão*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, 2ª edição: "Do século VIII em diante, desenvolveu-se e espalhou-se pelo reino franco e, em seguida, por terras ocidentais. Era um sistema original de direito, que não se ligava em especial a qualquer nação em particular e que fora criado durante a Idade Média em completa independência do Direito Romano ou dos direitos nacionais germânicos. Suas características mais gerais são, todavia mais germânicas que romanas: importância das relações pessoais e da propriedade fundiária; ausência de qualquer concepção abstrata de Estado; falta de legislação escrita e formal"

de empréstimos para viabilização de empreendimentos régios como, por exemplo, as campanhas militares (FACCHINI NETO, 2003).

É diante desse cenário da emergência da classe burguesa e do surgimento do Estado nacional que são estabelecidos os critérios clássicos da dicotomia instaurada entre o direito público e o privado e delimitadas com clareza os limites de atuação, especialmente, do Direito Público. A limitação jurídica do Direito Público que corresponde à limitação jurídica do Estado, através de sua racionalização, representa uma forma de proteção à autonomia dos cidadãos e de suas vidas econômicas diante das ingerências arbitrárias do Monarca, as quais eram comuns antes desse período (NOVAIS, 1987, p. 33).

Anteriormente foi dito, com apoio no pensamento de Norberto Bobbio, que à dicotomia público/privado, podem ser remetidas, do ponto de vista teórico, outras dicotomias. Dentre elas, levar-se-á em conta uma em especial: aquela que estabelece a distinção entre uma sociedade de iguais e uma sociedade de desiguais. Com base nela, o autor mencionado articulou dois critérios estruturantes para que possa ser definida a natureza das relações jurídicas de Direito Público e de Direito Privado: forma e matéria⁶. Sob o prisma da forma, as relações privadas apresentam como característica principal a posição de igualdade entre os sujeitos envolvidos, os quais, nesse caso, são particulares. Por isso, reger-se-iam por mecanismos de coordenação em um plano de horizontalidade existente entre os indivíduos. As relações jurídicas de Direito Público possuem como característica principal a posição de desigualdade entre os sujeitos envolvidos, os quais nesse caso são o Estado e o particular. Por isso, reger-se-iam por mecanismos de subordinação em um plano de verticalidade existente entre Estado e indivíduo (BOBBIO, 2007).

Quanto aos critérios estabelecidos em relação à matéria como caracterizador das relações jurídicas próprias do Direito Privado e do Direito Público,

⁶ Sendo o Direito um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado duplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e entre desiguais. O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação. A distinção entre sociedade de iguais e sociedade de desiguais não é menos clássica do que a distinção entre esfera privada e esfera pública (BOBBIO, 2007).

as primeiras seriam aquelas que tutelariam os interesses individuais, ao passo que o último tutelaria somente o interesse coletivo, conforme ensina Bobbio:

Com base na forma da relação jurídica, distinguem-se relações de coordenação entre sujeitos de nível igual, e relações de subordinação entre sujeitos de nível diferente, dos quais um é superior e outro inferior: as relações de direito privado seriam caracterizadas pela igualdade dos sujeitos, e seriam, portanto relações de coordenação; as relações de direito público seriam caracterizadas pela desigualdade dos sujeitos, e seriam portanto relações de subordinação. Com base na matéria, porém, que constitui o objeto da relação, distinguem-se os interesses individuais, que se referem a uma única pessoa, dos interesses coletivos, que se referem à totalidade das pessoas, à coletividade. Levando em conta esta distinção, o direito privado seria caracterizado pela proteção que oferece aos interesses privados e o direito público pela proteção oferecida aos interesses coletivos (BOBBIO, 2000, p. 83)⁷.

Todavia, essa distinção nunca foi infensa a críticas no que diz com sua coerência jurídico-dogmática. Hans Kelsen afirma que ela é marcada por um fundamento de cunho primordialmente ideológico e não técnico-jurídico. Segundo ele, o Direito Privado representaria, para a concepção dominante, em que a relação entre sujeitos em posição de igualdade. De outra parte, o Direito Público traduz a relação travada entre o Estado, concebido como um sujeito supraordenado, e o indivíduo/particular, ideado enquanto um sujeito subordinado, de sorte a verificar-se a existência de um valor jurídico superior do primeiro sobre o segundo (KELSEN, 2006).

Ainda sobre o caráter ideológico da *summa divisio*, registra-se que, se, por um lado, ela objetivava responder a uma necessidade de sistematização científica do direito no campo filosófico que tem origem na Escola Histórica Alemã, por outro, não se pode olvidar que essa grande divisão foi influenciada pelo liberalismo político e econômico vigente a esta época na Europa Continental. Com isso, reforça-se os valores liberal-burgueses, a partir dos quais o Direito Privado se encontra associado ao reino da economia, isto é, apresentando-se como apolítico, enquanto que o Direito Público foi definido como a lei que organiza minimamente o Estado, cuja principal função neste período é a de guardião da autonomia da sociedade, concepção essa que tinha por escopo evitar a intervenção da autoridade do Estado na vida e nos interesses privados. Por isso, aludiu-se com propriedade que "poucas

⁷ Bobbio, Norberto. "Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Trad. Alfredo Fait, São Paulo, Editora Mandarim, 2000.

pontes cruzavam o fosso que separava em dois reinos o direito público e direito privado" (RAISER, 1990).

Nesse contexto, surge o valor central na figura do indivíduo e da igualdade formal em detrimento do valor estamental que existira durante o período medieval. Nesse novo horizonte, os indivíduos não gozam de espaço e prestígio pré-estabelecidos socialmente. É a sua livre expressão de iniciativa econômica que lhes permitem os modos de aquisição da propriedade e do prestígio social. Enquanto a liberdade dos antigos permitia que o cidadão interviesse no espaço público, a liberdade dos modernos significava a livre movimentação no espaço econômico privado. Ergue-se o Deus *ex machina* autonomia privada, e a sua realização dá-se por intermédio da liberdade contratual em uma sociedade formada por homens livres e iguais, porém, apenas, formalmente (BOBBIO, 2007).

No Direito Alemão, surge a escola pandectista ou pandectística que, ao revisitar os institutos jurídicos do Direito Romano, constrói instrumentos dogmáticos voltados a atender os interesses subjacentes ao ideal da autonomia da vontade privada que se instaurara. Nesse período, florescem os estudos sobre o direito subjetivo, as categorias do direito de propriedade e do negócio jurídico, estruturando-se também a teoria da relação jurídica. O tratamento conferido ao instituto do direito subjetivo ilustra bem a visão oitocentista sobre a separação dos universos do Direito Público e do Direito Privado. Tradicionalmente, o direito subjetivo é entendido como poder da vontade do sujeito, inserido em um sistema, no qual se sobressai e se afigura como central o instituto do "contrato", concebido como a voluntária submissão do indivíduo a uma limitação da sua liberdade. "Pode-se dizer que todo o direito positivo, através da ficção do 'contrato social' é reconduzido aos esquemas do voluntarismo privado" (GIORGIANNI, 1998). Nesse sistema, as relações do direito privado com o direito público são muito claras. O Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o Direito Público é aquele emanado pelo Estado, voltado para os objetivos de interesse geral. "As duas esferas são quase impermeáveis, reconhecendo-se ao Estado o poder de limitar os direitos dos indivíduos somente para atender às exigências do próprio indivíduo" (GIORGIANNI, 1998).

Nesse universo histórico que se desenvolvera sob o signo da criatividade individual, do Direito emanavam aos indivíduos os requeridos instrumentos que

poderiam oferecer a mais rigorosa garantia dos valores dominantes, facilitando a plenitude da atuação das escolhas individuais. Diante de tal contexto, o Direito não tinha como objetivo o de escolher os fins socialmente desejados no tocante ao conteúdo dos atos individuais. Apenas disponibiliza os instrumentos reivindicados para que cada qual pudesse realizar os seus objetivos desejados. Dispondo para tanto de um quadro certo e conhecido de garantias legais. Desse modo, o Direito fixava as "regras do jogo", as quais possuíam, nesse cenário, natureza geral e abstrata, que terão como destinatários pessoas desconhecidas, para atender objetivos e em circunstâncias particulares desconhecidas. Talvez, aqui se encontre a chave da leitura de uma época inteira: "a vida como 'escolhas de fins, confiada ao cálculo de conveniência e incontrolável avaliação dos particulares. Diante dos fins a perseguir, o indivíduo assume a responsabilidade de iniciativa: escolha do fim e o risco do sucesso" (IRTI, 2009, p. 21-22).

Por isso, o Direito Privado, com forte carga ideológica de natureza voluntarista, mantinha-se coerente com tal pré-compreensão, um significado de profundo subjetivismo, o que era extremamente útil a uma visão atomizada da sociedade. Objetivava promover a autonomia privada, isto é, em última análise a liberdade econômica do indivíduo, de modo que sua função não consistia em disciplinar, dirigir determinada atividade da vida econômica ou aquelas da vida familiar como forma de organização social. Ao contrário, a grande preocupação era a vida do indivíduo em relação à sociedade. O Direito Privado, portanto, ocupava-se das zonas de ação do indivíduo (GIORGIANNI, 1998).

A maioria dos juristas desse período se ocupou do estudo do Direito Privado, notadamente, o Direito Civil posto que ao centro de tudo estivesse sempre o Direito Privado, compreendido como completo e vivo no tempo. Ao contrário do Direito Público romano que se encontrava destinado a perder a importância enquanto criação histórica (RAISER, 1990).

Com a Revolução Francesa de 1789 e a promulgação do Código Civil francês de 1804 (Código de Napoleão), toda a sociedade francesa passa a ser dirigida a partir das necessidades e da ideologia da classe burguesa. Valores traduzidos pelo estandarte da liberdade econômica, propriedade territorial, liberdade contratual, ou seja, a possibilidade da segura circulação de riquezas no seio social (IRTI, 1999). O Direito, a partir de então, passa a ser codificado, estatizado e de

ideologia burguesa. Cristalizando sob a forma de normas jurídicas, notadamente as do Código Civil, a tábua de valores dessa classe que emergia como dominante. Passando o direito subjetivo a ser positivado como norma jurídica (GIORGIANNI, 1998).

A impressão de completude do Direito Privado codificado, como fruto da Escola Pandectista do final do século XIX, encontrou finalmente um de seus fundamentos nas principais convicções ético-políticas, relativamente unitárias, da classe burguesa de então, que reconhecia nessa obra legislativa um ordenamento coerente em si mesmo. Atendia às exigências liberais da autonomia empreendedora de expansão e de liberdade daquela classe, assim como ao individualismo dos proprietários de terras e à concessão patriarcal de sua autoridade sobre a família (RAISER, 1990).

A pretensão de um "mundo" juridicamente seguro, ou seja, que contemplasse a previsibilidade e calculabilidade necessária ao jogo econômico nascia da estrutura profunda desta sociedade burguesa. Classe que saiu vitoriosa da Revolução Francesa, e, por isso, tornou-se a nova classe dirigente da sociedade. Essa nova elite era portadora de uma tábua de valores em relação aos quais impunha toda a sociedade a reconhecer-se através de sua superestrutura jurídica. Impende registrar que esse caráter distingue radicalmente a burguesia europeia das outras minorias históricas ou grupos dominantes, na medida em que esta possui uma tenaz fidelidade a uma visão geral da vida: o valor originário e fundamental de tudo constitui-se no indivíduo e partir dele. Ao seu redor, fonte de iniciativa e centro de responsabilidade, edifica-se todas as relações sociais. "As inumeráveis descobertas das ciências e da técnica exaltam o engenho e a audácia dos particulares, representando um sinal daquela confiança no progresso que impele milhões de homens com a força íntima e austera de uma religião" (IRTI, 2009, p. 21).

O Direito Civil dessa época possuía a função sistemática de Direito Privado Geral, ou seja, se encontrava no epicentro desse sistema. Essa identificação com o Direito Privado Geral resultou de um processo de privatização experimentado pelo Direito Civil ao longo de sua história⁸, vinculado, igualmente, ao fato de outras

⁸ Sucedido principalmente ao longo da Idade Média, como consequência do desaparecimento das estruturas sociopolíticas próprias do Império Romano, que constituíam pressuposto necessário para a aplicação dos textos do *Corpus Iuri* (AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, p. 30-31).

disciplinas do Direito Privado passarem gradativamente a constituir disciplina própria e ganharem relevo específico, de modo a singularizarem-se e aumentarem a função de Direito Privado Geral atribuída ao Direito Civil (AGUIRRE Y ALDAZ, 1991, p. 30-31)

No decorrer do século XIX, as modificações na estrutura do Direito Privado começam a aparecer devido a alguns fatores. Tem-se que o nascimento da visão do Estado com a função de equilibrar a liberdade dos indivíduos como necessidade da sociedade, contribuiu para uma influência cada vez maior do Direito Público sobre o Direito Privado. A passagem de uma sociedade burguesa e rural para uma sociedade industrial afastara a eficácia dos fatores que justificavam a codificação do Direito Privado e lhe favoreciam a unidade, colocando novos problemas normativos que já não mais podiam ser resolvidos apenas com os meios disponíveis no Direito Privado em sua configuração tradicional (WIEACKER, 1993, p. 628-659).

Desse modo, o ideal de um código “eterno”, perfeito, completo, claro e coerente que animou, por muitos séculos, o pensamento dos juristas e filósofos concretiza-se como uma realidade jurídica positiva que no caso francês, evidenciava-se com a promulgação do Código Civil de 1804. No entanto, este em seu nascimento já se encontrava descompassado, e, inclusive, um pouco anacrônico em face de uma nova realidade social e industrial que passa a ganhar evidência nesse período na Europa, o que invariavelmente enseja, *ab initio*, o declínio dos castelos erguidos no “*mondo della sicurezza*”⁹ idealizados pela burguesia (IRTI, 1999).

1.2 As fraturas na racionalidade do sistema de direito privado: da descodificação à recodificação

⁹ É certo que as raízes das codificações do século XIX encontram-se nestes atributos: previsibilidade e segurança do direito codificado. O Direito resolve-se nas leis do Estado. Estas se fecham em estruturas fixas e duráveis nos códigos civis. O mundo da segurança é, portanto, o mundo dos códigos que traduzem, em ordem de sequência lógica, os valores do liberalismo oitocentista. Do que decorre o significado constitucional dos códigos civis, no sentido que esses não se limitam a disciplinar simples dispositivos técnicos (mais ou menos perfeitos e completos), mas protegendo e reunindo a filosofia da Revolução Burguesa (IRTI, 2009, p. 23), tradução livre.

Como visto acima, gradualmente a sociedade europeia ocidental do século XIX passa a experimentar diversas mudanças em seu cenário socioeconômico, da qual decorre uma série de implicações nas estruturas jurídicas então vigentes. A complexidade da vida moderna produzira de modo vertiginoso, formas de expressão jurídicas não albergadas nos códigos decimonômicos. Essa nova realidade, paulatinamente, revelou a incapacidade do direito codificado da época em fornecer, de pronto, as respostas para as demandas que lhe eram endereçadas. Tal ocorria porque elas refugiam da racionalidade totalizante que animava as codificações de Direito Privado (notadamente os códigos civis) daquele momento histórico. Esse fenômeno contribuiu para a consolidação de outros papéis que passaram a ser desempenhados pelo Estado. Nesse ponto, destaca-se o de interventor nas relações econômicas e sociais, pretendendo o Estado a realização de objetivos específicos e apoiando-se nos novos valores constitucionais que se afirmavam e concretizavam, também, por meio da legislação ordinária que se multiplicava (FLÓREZ-VALDÉS, 1986).

Nessa perspectiva de desenvolvimento urbano e industrial das cidades o indivíduo precisa, assim, sair de seu isolamento para associar-se, nascendo, pois, grandes empresas, consórcios, trustes, cartéis. Ademais, o modelo contratual setecentista do Direito Privado passa a sofrer modificações para adequar-se as novas realidades, tendo em vista a produção de bens e serviços em série, além da necessidade de desenvolvimento de novos instrumentos contratuais capazes de dar conta do fenômeno da contratação coletiva nas relações laborais. Nesse movimento, é possível verificar que o Direito Privado perde o seu caráter constitucional como diretor de todas as relações da vida privada dos indivíduos, assim como o esvaziamento do seu significado individualista/subjetivista oriundo do voluntarismo jurídico (GIORGIANNI, 1998).

De outra parte, as primeiras constituições escritas - que caracterizam o surgimento do Estado de Direito em sua matriz liberal, objetivavam, essencialmente, organizar a estrutura do Estado e garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, que, naquele contexto histórico, se caracterizavam, em essência, pelo direito de propriedade e seus principais desdobramentos patrimoniais: a liberdade econômica e de contratar. Todavia, o aparecimento de profundas desigualdades sociais - por ocasião da avassaladora projeção da vontade individual e de uma população que

passa a se concentrar nas cidades -, das novas estruturas do poder, das tensões internas da sociedade, da pretensão dos cidadãos de participar de modo democrático das decisões políticas e econômicas, assim como a exigência de acesso ao bem-estar e à segurança individual e social a serem asseguradas pelo Estado começam a pautar agenda de preocupações do Poder Público e modificar o cenário político e socioeconômico (RAISER, 1990).

Assim, surge uma nova concepção de constituição, que apesar de ainda conservar o legado oitocentista da proteção das liberdades políticas e civis, abre-se a novas influências ideológicas, distintas das de antanho. Os catálogos tradicionais dos direitos de liberdade enriquecem-se com novas figuras e o indivíduo passa a ser garantido não apenas em si, mas como membro dos grupos intermediários e organizados socialmente. O Estado descrito nas constituições republicanas não se limita mais a custodiar as regras de um jogo - cuja principal característica era a de delegar à inteira iniciativa e responsabilidade dos particulares os fins e objetivos a serem atingidos socialmente. Nessa perspectiva, a função, da constituição, e também da lei, passa a incluir o estabelecimento de objetivos para o agir privado (IRTI, 2009, p. 29).

Segundo Giovanni Tarello, a ideia da codificação, instrumentalizada na segunda metade do século XVIII e nos primeiros anos do século XIX (quando se espalhou), deve ser colocada na perspectiva ideológica liberal. O esforço técnico para sistematizar as leis teve o objetivo político de proteger o proprietário, de assegurar-lhe a livre disponibilidade dos seus bens, e de institucionalizar a iniciativa privada. Portanto, na perspectiva socialista, os códigos burgueses-iluministas "eram uma superestrutura ideológica para mistificar a realidade das relações de produção", representando uma técnica pedagógico-repressiva. Sob a ótica técnica, no entanto, a codificação foi uma tentativa de abranger todas as relações pertencentes ao Direito Civil, das quais participasse o homem privado. Essas relações, reduzidas à sua expressão mais simples e abstrata, em virtude da unificação dos seus titulares, puderam ser reguladas numa estrutura simples. "A evidente mudança da organização socioeconômica dos tempos presentes determinou o desmoronamento desse edifício de linhas clássicas" (GOMES, 1985, p. 2).

A inversão ideológica e axiológica ocorrida no sistema de Direito Privado é bem ilustrada por Michele Giordanni, ao destacar a ideia de que o direito de ser

homem contém o direito que ninguém o impeça alguém de sê-lo, pouco importando que alguém o ajude a conservar essa humanidade intrínseca a todas as pessoas. Vê-se que esse modelo de autonomia privada do indivíduo desconhecia limites, na medida em que ninguém precisava ajudá-lo, bastando que não o atrapalhasse na consecução de seus interesses egoísticos inequivocamente a concepção liberal de mundo, que encontra no pensamento liberal e nas codificações oitocentistas a sua máxima expressão. Diversamente, o Direito reconhece, nos dias atuais, a necessidade, por meio da igualdade substancial, da cooperação e da solidariedade, de modo que tanto o Estado quanto os particulares promovam e protejam o direito de cada semelhante de conservar a sua humanidade (GIORGIANNI, 1998).

As novas estruturas do poder e as tensões internas da sociedade voltaram-se, como dito acima, à promoção e à proteção da pessoa humana, convidando os cidadãos, no campo político, a participar de modo democrático das decisões políticas e econômicas, assim como ao bem-estar e a segurança individual e social que o Estado deve garantir por intermédio de seus múltiplos serviços, tem atribuído ao ordenamento jurídico uma grande quantidade de tarefas novas, sobretudo nos últimos anos (RAISER, 1990).

Por isso, o Direito (inclusive o Direito Privado) passa cada vez mais a ter uma função promocional na medida em que contempla em conteúdo, isto é, em seu objeto a persecução de fins sociais a serem atingidos. Valores que se sobrepõe ao exclusivo interesse particular. Nesse sentido, vê-se que uma característica da Lei contemporânea é a de possuir um decisivo caráter contratual. A partir de então, a velha proposição alusiva à ideia de que o contrato possui força de lei entre as partes, se deixa melhor converter naquela da lei que possui força de contrato entre as partes, ou seja, que atinge a própria energia vinculante, já não dos poderes constitucionais, mas do prévio acordo dos grandes grupos organizados. Nesse contexto, as leis especiais aos códigos civis passam a ganhar espaço no universo jurídico de regulamentação das demandas de setores sociais que reivindicam pela satisfação de suas demandas diretamente ao Poder Público. A lei especial começa a escrever a história do retorno a um direito geral cujo conteúdo era afeto ao Código Civil (IRTI, 2009).

A lei determinando objetivos e solicitando atividades, invade campos que a ideologia liberal reservava as decisões dos particulares, passando ela - a Lei - de

geral e abstrata para individual e concreta. Tutelando não só as regras do jogo, consoante já aduzido, mas imprimindo vontade de direção e interesses específicos no conteúdo das leis (IRTI, 2009).

Nesse cenário, emerge o fenômeno da descodificação do Direito Civil, ao qual se pode aludir duas concepções distintas em relação aos seus efeitos sobre a unidade do sistema jurídico de Direito Privado. Inicialmente, pode-se conceber a descodificação como forma externa de desagregação, culminando na proliferação de leis especiais que nascem separadas do Código Civil para atender novas ou específicas situações sociais. Desse modo, a unidade do Direito Civil não se perde, na medida em que as normas do Código Civil permaneçam como normas gerais ao lado de legislações especiais ou excepcionais promulgadas. Registra-se que esse fenômeno pode contribuir para que o Código Civil reforce o seu rol tradicional de polo central do sistema de Direito Privado, podendo confluir com as normas e princípios contidos naquelas legislações (FLÓREZ-VALDÉS, 1986).

De outro modo, a descodificação do Direito Civil também pode ser percebida não apenas pela proliferação leis especiais ou setoriais estranhas a ao código com aptidão de tutela a específicos interesses. Igualmente, pode se verificar a regulação de uma matéria em uma lei especial, a qual, além de aprofundar o tratamento jurídico da disciplina, inclui as linhas gerais da matéria já disposta no Código Civil, subtraindo deste, completas matérias que, até então, eram de sua esfera de abrangência. Nesse ponto, observa-se que a nova legislação muitas vezes elege princípios autônomos ou antitéticos em relação àqueles que alicerçam a sistemática adotada no código no tocante àquele tema específico. Nesse caso, se produzirá, como primeira consequência deste fenômeno, a perda do Código Civil de sua tradicional função de Direito Geral dentro do sistema de Direito Privado, o que dá azo à ruptura de sua unidade interna, produzindo-se, de fato, uma verdadeira desagregação do Direito Civil até então codificado (IRTI, 2009).

A descodificação, como demonstrado, não representa por si mesma um atentado para a unidade do Direito Civil, o qual, pela natureza de sua substância, não pode ser confundido com o instrumento que o veicula, qual seja, o Código Civil. Em outros termos, o Direito Civil não se resume e tampouco se esgota em sua perspectiva codificada. Todavia, a sua eficácia de direito geral resta comprometida e

agravada quando a matéria regulada no código civil também o seja na lei especial (FLÓREZ – VALDÉS, 1986).

Em relação à já referida compreensão da descodificação como elemento de ruptura da unidade do Direito Civil, acresce-se que a disciplina ditada pela lei especial será fundamentalmente idêntica àquela da lei geral, mas com uma adição ou um desenvolvimento correspondente a individualidade do fato. Nessa perspectiva, as leis que vão se denominar especiais vai subtraindo inteiras matérias ou grupos de relações da disciplina do Código Civil, constituindo microssistemas de normas, com autonomia e lógica próprias. A lei especial, apropriando-se de dada matéria e classes de relações, esvazia o conteúdo da disciplina codificada e exprime princípios que assumem caráter decisivamente geral. Com isso, rompe-se o fascínio do código e reconhece-se que as leis especiais constituem frequentemente o direito geral de um instituto ou de uma inteira matéria (IRTI, 2009).

A relação do direito geral e do direito especial nasce da comparação entre duas normas jurídicas que possuem como *ratio* regulativa um elemento de fato comum, sendo que a norma mais ampla compreende no seu conteúdo o elemento de fato da menos ampla. O Código Civil gradativamente cede sua função de direito geral tendo em vista a acentuação do fenômeno das leis especiais. As leis específicas passam a tutelar a matéria codificada de forma geral e específica, permitindo à norma codificada em comparação a norma especial uma aplicação meramente residual. Desse modo, o Código Civil gradativamente deixa a posição de direito geral para tornar-se direito residual ou fonte residual de determinadas matérias autonomizadas do corpo do código. A esse respeito, é possível verificar que, por muito tempo, os juristas do Direito Privado alimentaram a ilusão de eterna validade da codificação. Isso fez com que a crise do Direito Privado, aduzida pelos publicistas, tenha sido muito pouco sinalizada pelo jusprivatistas (GIORGIANNI, 1998).

E esse caráter polissistêmico no âmbito do Direito Privado evidenciou dentro da dicotomia existente entre o Direito Público e o Direito Privado uma prevalência daquele sobre este. Embora as matérias aludidas nesse tipo de legislação fossem de natureza privada, a sua constituição em uma legislação especial apartada da codificação objetiva a promoção de valores que não os do individualismo, mas, sim, aqueles "encharcados" pela ética de solidariedade. Não pretendiam apenas atingir

uma igualdade formal, eis que seu escopo era a promoção de uma igualdade substancial. Nesse sentido, visualiza-se vertiginoso caminho de redução da autonomia da vontade privada no que diz respeito a sua liberdade econômica que era a forma clássica na qual era concebida a liberdade individual. Embora, ao tempo liberal, a autonomia individual também dispusesse de uma dimensão existencial, esta permaneceu em segundo plano por muito tempo (GIORGIANNI, 1998).

O processo de descodificação do Direito Civil produziu, pois, o enfraquecimento da clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, tornando-a cada vez mais um critério metodológico, e não estrutural, de análise e organização do Direito, na medida em que a Constituição, a partir da Segunda Guerra Mundial passou a ser o instrumento idôneo a conferir unidade ao ordenamento jurídico infraconstitucional e atualmente não faltam quem patrocinem o abandono da mesma distinção, por estimá-la superada ou caduca, ou sugerem dotá-la de uma nova perspectiva sociológica ou bem entendam que o termo Direito Privado encontra-se reduzido a um simples nome. "*A distinção entre o direito público e o direito privado parece haver entrado nos últimos anos no reino da confusão*" (FLÓREZ-VALDÉS, 1986, p. 31-32).

Com a ruptura da unidade, da generalidade e da simplificação do sistema de Direito Privado tradicional, adveio um significativo problema de técnica legislativa, qual seja: o de estabelecer um movimento de especialização em textos orgânicos da matéria referente a novos temas compreendidos no âmbito do Direito Civil, que, embora introduzindo um particularismo jurídico, deixaria o código sobreviver; ou a criação de um novo código através da recodificação dos novos temas de Direito Civil. Prevaleceu o entendimento - na maioria dos países de tradição codificante - pela manutenção do emprego da técnica legislativa dos microssistemas, ou seja, de, um sistema de edição das leis especiais com sua lógica própria e autônoma e introduzem novos princípios de disciplina das relações jurídicas a que se dirigem e não se encontrando subordinados ao Código Civil (GOMES, 1995).

Assim sendo, aquele modelo rígido no qual foi subdividido o ordenamento jurídico em dois sistemas fechados em si mesmo, isto é, no Direito Público e no Direito Privado, baseado em torno da separação entre estado e sociedade civil, perdeu a sua validade explicativa com os movimentos históricos, jurídicos e sociais aduzidos. O direito codificado embora reduzido o seu campo de aplicação não

demonstra ter sido reduzido em seu conteúdo, às mudanças por este suportadas seriam irreversíveis? Ou permanentes? Quais seriam os caminhos para que o direito privado encontre uma unidade tendo em vista que em torno de si gravitam uma miríade de microssistemas. Sua função teria se esgotado na sociedade? Ou estaríamos a vivenciar uma nova experiência jurídica na contemporaneidade em que o sistema de Direito Privado representaria novos campos de expressão do Direito, notadamente, através de seu porta-estandarte, geral, qual seja, o Direito Civil? (RAISER, 1990).

A essencialidade de tais indagações torna-se mais clara à medida que se examina a efetiva assunção pela Constituição do papel de norma suprema do ordenamento jurídico, fenômeno acompanhado, *pari passu*, pela construção jurídica da noção de dignidade das pessoas humana, tal como examinado a seguir.

1.3 Força normativa da constituição, dignidade humana e a constitucionalização do direito privado

Segundo Paolo Becchi: "*nos momentos mais dramáticos do século passado, teria o homem voltado a refletir sobre o sentido de sua dignidade, e no início deste novo século, embora de modo diferente, esteja fazendo a mesma coisa*".¹⁰ Certamente, dentre os momentos mais dramáticos referidos pelo o jurista italiano, encontra-se uma das maiores violações aos seres humanos, o extermínio dos judeus nos campos de concentração espalhados pela Europa cometidos pelo regime nazista alemão (BECCHI, 2013, p. 9).

A época da Roma Antiga, a dignidade humana já existia como uma categoria junto ao campo filosófico e social. Nesse período, duas acepções lhe eram emprestadas, uma segundo a qual a dignidade indicava a inerente e invariável posição do homem no cosmo (BARRETO, 2013).

Para a outra acepção se atribuiu ser a dignidade correlacionada à posição desfrutada pela pessoa na vida pública. Tem-se, no primeiro caso, a dignidade como

¹⁰ BECCHI, Paolo. O princípio da Dignidade Humana, trad. Ubenais Lacerda. Aparecida, SP: Editora Santuário, 2013. p.7.

condição imutável do homem, por isso, qualifica-se como um caráter universal. Todavia, no outro caso, a dignidade possui um caráter relativo e variável aos movimentos e posições que ocupa as pessoas na sociedade (BECCHI, 2013, p. 7-9).

A expressão pessoa humana surge como termo comparativo a figura histórica de Jesus de Nazaré. Tendo este sido considerado um ser cristico, por muito tempo, sobretudo, no âmbito da Igreja Católica. Havia, no seio desta última, divergência em relação à identidade de Jesus. No seu primeiro concílio ecumênico, reunido em Niceia no ano de 325 d. C., decidiu-se que Jesus apresentava uma dupla natureza, qual seja humana e divina. Desse modo, a expressão pessoa humana originou-se em referência aos homens em geral, sem nenhuma conotação de ordem divina ou transcendental como a que poderia ser atribuída Jesus de Nazaré (COMPARATO, 2010).

Feita essa observação, salienta-se que a universalização da ideia de dignidade humana foi profundamente influenciada por elementos de ordem religiosa, especialmente pelo advento do cristianismo. A perspectiva de mundo segundo a qual o homem fora criado a imagem e semelhança de Deus foi um dos elementos que levou ao reconhecimento da dignidade. Essa característica perdura com intensidade até a Idade Média, atrelada à Igreja Católica (BECCHI, 2013).

Após a Idade Média, espalham-se, na Europa, movimentos ditos humanistas, que apresentam dentre seus principais expoentes o jurista alemão Samuel Pufendorf, responsável por lançar as bases da secularização da noção de dignidade humana. Posteriormente, outros, como Hugo Grócio, Thomas Hobbes, Pascal e, principalmente, Immanuel Kant vão produzir novas bases ao tema da dignidade humana. Kant, a partir de seu pensamento objetivado nos imperativos categóricos do respeito, da personalidade e da autonomia, faz com que o tema passe a ganhar adesão de outros pensadores, influenciando diretamente na abolição e a supressão de penas humilhantes e cruéis (SARLET, 2001).

É importante destacar que a dignidade humana como uma figura cristalina a fazer parte de um ordenamento jurídico é um fenômeno recente na história do Direito. Primeiro, porque esta noção de dignidade da pessoa como um valor a ser protegido pelo Direito começa a surgir historicamente fragmentado em diversos e sucessivos diplomas legais. Nessa perspectiva, situa-se a Declaração sobre os

Direitos do Homem e do Cidadão de 02 de outubro de 1789 na França; a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 14 de julho de 1776; na Declaração de Direitos de Virgínia de 12 de junho de 1776¹¹ encontra-se que os homens possuem os mesmos direitos naturais e essenciais. Já em 28 de setembro de 1776 tem-se a promulgação da Constituição da Pensilvânia. Em que pese todos esses diplomas jurídicos reconheçam o atributo da dignidade inerente a toda pessoa humana, somente no final da Segunda Guerra mundial se encontrará a plena legitimação jurídica da dignidade humana (BARROSO, 2010).

Nesse sentido, foi preciso esperar o fim da Segunda Guerra Mundial, embora algumas referências básicas possam ser encontradas em diversos documentos¹² normativos, para se chegar a uma plena legitimação jurídica da dignidade humana. Em 10 de dezembro de 1948, na da Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a ser reconhecida juridicamente no plano internacional a dignidade como elemento comum a todos os homens membros da "família humana", possuidores de direitos iguais e inalienáveis (COMPARATO, 2010).

Posteriormente, o país que sistematicamente persegue seres humanos por causa de sua fé religiosa, opiniões políticas e até por incuráveis doenças mentais, consagra a dignidade da pessoa humana como valor jurídico supremo em 1949, com a promulgação da Lei Fundamental Alemã, estabelecendo em seu artigo 1º que "A dignidade do homem é inviolável". "Respeitá-la e protegê-la é dever de todo o poder estatal". Assim, não se deve menoscular, na esteira do que já foi dito, que a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é como habitualmente lembrada, relativamente recente, ainda mais se considerada as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade humana. Apenas ao longo do Século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda

¹¹ Declaração de Virgínia: Artigo 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

¹² Luís Roberto Barroso. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19-20: "A despeito de sua relativa proeminência na história das ideias, foi somente no final da segunda década do século XX que a dignidade humana passou a figurar em documentos jurídicos, a começar pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919). Antes de viver sua apoteose como símbolo humanista, esteve presente em textos com pouco pedigree democrático, como o Projeto de Constituição do Marechal Pétain (1940), na França, durante o período de colaboração com os nazistas, e em Lei Constitucional decretada por Francisco Franco (1945), durante a longa ditadura espanhola"

Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente, após ter sido consagrada pela declaração Universal da ONU de 1948 (SARLET, 2001, p. 63).

Nesse diapasão, multiplicaram-se os documentos jurídicos nos quais se encontra o apelo à dignidade humana, como reação aos horrores que praticar em nome de seu estado nacional alemão¹³ (STARCK, 2013).

A partir das considerações formuladas supra, faz-se necessária formulação de um conceito que contenha as pautas minimamente necessárias para conferir as notas essenciais da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Ingo Sarlet afirma que ela é:

[...] uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p.60)¹⁴.

Ademais, o substrato material da dignidade humana reside no fato de atribuir-se à humanidade e aos seres que a integram a necessidade de reconhecimento da igualdade intrínseca aos componentes do gênero humano, impedindo, pois, a sua reificação, o que importa em respeito à integridade psicofísica que lhes é inerente, bem como à capacidade de se autodeterminar, pertencendo o

¹³ STARCK, Christian, “Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã”, *in*: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 200. No texto constitucional dos Estados da Europa Ocidental (desde 1975), bem como na Carta de Direitos Humanos da União Européia, a proteção da dignidade aparece: na Suécia, no cap. 1, § 2º, inciso 1 (1975), na Grécia, no art. 2º (1975), em Portugal, no art. 1º (1976), na Espanha, art. 10 (1978), na Suíça, no art. 7º (1999), na Finlândia, no art. 1º, inciso 1º, inciso 2 (2000); na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 1º (2003). Todas as Constituições dos cinco novos Estados alemães, criados após a reunificação, assim como a Constituição revisada de Berlim, contêm garantias da dignidade humana: em Brandemburgo, no art. 7º (1992); Mecklenburg-Vorpommern, art. 5º, inciso 2 (1993); Sachsen, art. 14 (1992); Sachsen-Anhalt, art. 4º (1992); Trüvinger, art. 1º, inciso 1 (1993) e Berli, no art. 6º (1995). Também alguns Estados da Europa Central, que passaram a afzer parte da União Européia no ano de 2004, acolheram, em suas Constituições, cláusulas sobre a proteção da dignidade humana: Letônia, art. 95 (1992); Lituânia, art. 21, inciso 2 (1992); Polônia, art. 30 (1997); República Eslovaca, art. 12, 19 (1992); República Tcheca, art. 1º (1992).

¹⁴ SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

indivíduo ao grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não ser marginalizado (BODIN DE MORAES, 2003).

Nessa linha de raciocínio, mostra-se de primordial importância atentar para o fato de que o tratamento jurídico da dignidade humana se desenvolve a partir dos recursos advindos da reflexão filosófica, embora incumba ao Direito estabelecer em que medida a dignidade humana deve ser tutelada pelo Estado. Desse modo, o efetivo papel do Direito no que respeita a sua proteção e promoção não prescinde de um frutífero diálogo entre as reflexões filosóficas e jurídicas (SARLET, 2001).

Percebe-se que o desafio imposto pela afirmação jurídica da dignidade humana representa um novo paradigma ao constitucionalismo contemporâneo, eis que atribui um novo sentido à Constituição, que se torna o seu *locus* privilegiado de proteção e promoção (COMPARATO, 2010).

No entanto, a realização desse papel necessita que a normatividade constitucional polarize todo o ordenamento jurídico, imantando-o em prol do intento acima proclamado. Assim, torna-se vital, dentro do percurso teórico escolhido, examinar a afirmação da força normativa da Constituição e a sua irradiação sobre as normas jurídicas infraconstitucionais, no bojo do fenômeno denominado de "constitucionalização do Direito", focalizando a análise no campo do Direito Privado, no interior do qual se desenvolve de forma mais intensa a problemática ora objeto do presente estudo.

Uma consideração preliminar, todavia, merece ser formulada. Nos quadros do Estado Liberal, a Constituição, como descrito anteriormente, não se imiscuía na seara das relações privadas, consideradas como território exclusivamente pertencente à sociedade civil e à lógica utilitarista que a governava. Ora, nesse estado de coisas, em que se concebia o Estado como um Leviathan (em franca alusão à imagem celebrizada por Thomas Hobbes), ou seja, como uma "criatura monstruosa" que deveria ser tolerada apenas no que fosse estritamente necessário¹⁵ as relações jurídicas envolvendo os sujeitos privados eram disciplinadas pela legislação ordinária, que tinha como centro de gravidade o Código

¹⁵ Destaca-se que, sobre essa questão, há farta bibliografia, tanto nacional quanto estrangeira. Por todos, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra, Portugal: Coimbra, 1987.

Civil, alicerçado na proteção do patrimônio e da segurança jurídica, vitais aos interesses da burguesia (IRTI, 2009).

Após o advento das Guerras Mundiais, das crises de acumulação do capitalismo e das lutas por direitos promovidas por trabalhadores e mulheres e os despossuídos em geral, surge o Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, com o incremento da intervenção do legislador no campo privado, inclusive com a edição de normas de ordem pública limitadoras da autonomia privada dos sujeitos de direito com o intuito de salvaguardar e promover interesses coletivos. As constituições desse período se projetaram no espaço anteriormente reservado ao Direito Privado, principalmente se considerada a disciplina da economia e do mercado, que consagra a articulação dos fins egoísticos dos sujeitos que neles atuam com valores de natureza solidarista, além de direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os de índole laboral¹⁶.

Contudo, verifica-se que a ampliação do espectro material da Constituição não foi suficiente para alçá-la à condição de elemento nuclear do sistema de Direito Privado (ao menos em um primeiro momento), haja vista a forte resistência ideológica oferecida pelos juristas no tocante ao reconhecimento de normatividade plena às normas constitucionais que incidiam sobre as relações de Direito Privado. Tais normas constitucionais eram compreendidas, e aplicadas, como meras exortações ou conselhos ao legislador ordinário, isto é, as denominadas "normas programáticas", sempre carecedoras da mediação do legislador para produção dos seus efeitos (CANOTILHO, 2001).

Destaca-se, ainda, que, de acordo com essa visão conservadora, na relação entre a Constituição e o Direito Privado, em Especial o Direito Civil, a norma constitucional poderia atuar apenas como mero limite à norma ordinária. Nessa perspectiva os enunciados normativos ordinários consistiriam, de modo autônomo e fundamentalmente, em expressões de um sistema completo, que será legítimo enquanto os próprios enunciados não lesarem um interesse constitucionalmente protegido. Em conformidade com essa visão, a norma constitucional possuiria

¹⁶ Sobre o tema, cf. por todos NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Editora Lúmen Júris. 2011; HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968; e BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

natureza residual sem influenciar sobre a atividade interpretativa das disposições ordinárias (PIERLINGIERI, 2008, p. 571).

A respeito das ideias lançadas nos dois últimos parágrafos, precisa é a lição de Daniel Sarmento:

Poder-se-ia até reconhecer o caráter preceptivo das normas constitucionais clássicas, ou seja, daquelas que estabeleciam a organização do Estado e definiam os direitos porque estas não continham nenhum projeto de alteração do *status quo*. Mas às normas que extravasassem deste papel devotava-se muito pouca importância, pois não se lhes atribuía valor jurídico efetivo. Só a superação desta visão, com o reconhecimento da “força normativa” de toda a Constituição, em especial dos seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte da sua atuação e centro unificador de todo o Direito Infraconstitucional. Tal concepção vai acarretar uma verdadeira “virada de Copérnico” no Direito Privado, reunificando, em torno dos seus valores existenciais, um sistema que fora fragmentado pelo advento de um sem-número de leis especiais. Estes valores vão fecundar o Direito Privado com os ideais igualitários e solidarísticos entranhados no tecido constitucional, impondo uma releitura, sob nova ótica, de conceitos e institutos tradicionais, elaborados em outro contexto social e axiológico” (SARMENTO, 2003, p. 272-273).

Como não poderia deixar de ser, é preciso valer-se da contribuição de Konrad Hesse no texto intitulado “A Força Normativa da Constituição”, baseado na aula inaugural proferida por ele em 1959 na Universidade de Freiburg¹⁷. Essa obra, já clássica, que tem sido considerada um dos textos mais significativos sobre o Direito Constitucional contemporâneo, trata da necessidade de conferir à Constituição uma capacidade de condução do processo político e social de forma autônoma (ainda que essa autonomia seja relativa) à correlação de forças políticas, sociais e econômicas concretamente verificadas em um momento histórico, ou seja, aquilo que Lassalle denominou de “fatores reais de poder” (HESSE, 1991).

Essa compreensão parte da premissa de que a força e o alcance do Direito Constitucional residem no condicionamento recíproco que deve existir entre a Constituição jurídica e a realidade político-social e de que é imprescindível desenvolver uma profunda convicção nos destinatários da Constituição jurídica, em especial aos agentes do Estado responsáveis pela sua aplicação, quanto ao valor e à necessidade de garantia de sua efetividade, naquilo que vem a ser denominado por Hesse de “vontade de Constituição” (HESSE, 1991).

¹⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

Com a aceitação e desenvolvimento desse pensamento nos Estados europeus e latino-americanos - embora em intensidades e ritmos distintos - opera-se a passagem do Estado de Direito para o Estado Constitucional, que é aquele em que as normas jurídicas ordinárias passam a ter decisivamente como fundamento de validade a norma constitucional, o que impõe a verificação da coerência das primeiras em relação ao conteúdo e o fim desta última e às razões do ordenamento globalmente considerado (PIERLINGIERI, 2008, p. 575). Sobre essa relação, Gustavo Zagrebelsky afirma que, “pela primeira vez na época moderna, a lei é colocada em uma relação de conformidade, e, portanto, subordinada a um estrato normativo mais elevado, estabelecido pela Constituição” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 39).

Nesse horizonte, é possível situar o modelo de Constituição dirigente, caracterizada pela presença de uma série de diretrizes constitucionais que configuram imposições permanentes ao legislador, tendo em vista a pretensão de criar as bases de uma sociedade não apenas estatal, ao considerar a necessidade de respeito e promoção dos projetos singulares de vida de cada sujeito, assim como o anseio de "levar a sociedade de um lugar para outro democraticamente definido", assumindo compromissos nos campos político e econômico (BERCOVICI, 2003).

Nesse modelo de constituição pode-se encontrar a tutela mais satisfatória da pessoa humana concebida principalmente como titular de relações e situações jurídicas existenciais, de sorte a evitar que o livre desenvolvimento de sua personalidade seja obstaculizado por atos do Estado, da coletividade ou de particulares em suas relações entre si. Assim, a evolução do Estado de Direito burguês-liberal para o Estado Social de Direito - desde que se entenda por isso a efetivação da responsabilização da sociedade pela existência social, econômica e moral dos seus membros, sem prejuízo da autonomia do direito e do respeito pelos direitos dos particulares¹⁸ -, impõe uma perspectiva solidarista, fundada no plano da

¹⁸ Conforme (WIEACKER, 1993, p. 623-625): As três características essenciais desta mudança são a relativização dos direitos privados pela sua função social, a vinculação ético-social destes direitos e o recuo perante o formalismo do sistema do direito privado clássico do século XIX. Na limitação do conteúdo dos direitos subjetivos dos indivíduos manifesta-se o núcleo do princípio do Estado social: a responsabilização não apenas da sociedade, mas também do próprio indivíduo pela existência social e pelo bem-estar dos outros. Na legislação do moderno direito privado, esta responsabilização encontra a sua expressão mais drástica na proteção do inquilino, na legislação sobre revisão de cláusula contratuais por via judicial.

ética social e ligada, via de consequência a tendências morais (WIEACKER, 1993, p. 623-625).

É diante desse cenário proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de afirmação dos direitos humanos e da construção de um mundo mais solidário e fraternal que o direito privado brasileiro é convocado a se unir e acompanhar a evolução dos tempos e do direito, especialmente, o Direito Civil codificado, como já vimos na secção anterior.

Passa-se, nesse momento, a analisar o impacto da afirmação da dignidade humana e da força normativa da constituição na seara do direito privado, examinando seus atuais contornos. Como visto, o fenômeno da publicização do Direito Privado perturbara o mundo do direito privado, de modo a impor uma verdadeira condição de "agonia". A avassaladora expansão do regramento do direito privado pela técnica legislativa dos microssistemas e legislações especiais com o consequente esvaziamento dos conteúdos codificados pelos códigos civilistas ampliou o fôlego deste fenômeno. O Brasil teve seu primeiro Código Civil eminentemente nacional promulgado no ano de 1916. Um código claramente de matriz liberal burguesa que acompanhava o modelo de codificação oitocentista, que anteriormente ensejara a promulgação do Código Civil Francês de 1804 (GOMES, 1985).

Quando o primeiro Código Civil foi promulgado no Brasil, os países europeus continentais já tinham percebidos os desafios da manutenção no tempo do projeto de codificação e gradativamente haviam perdido a ilusão de sua completude, eternidade, coerência, clareza a qual era inerente a essa matriz de pensamento, em face às novas conjunturas econômicas e políticas que ocorriam na Europa. Especialmente, como o crescimento da industrialização, da população urbana e da classe operária. Adotando um modelo que já se encontrava defasado na Europa Continental, a República brasileira no Código Civil de 1916 tratou de regular a propriedade, o contrato, a família de acordo com a visão estritamente reconhecida como liberal. Não eram ainda conhecidas ao tempo da Codificação no Brasil as restrições ao direito de propriedade, a concepções mais modernas a respeito da família e dos contratos não sendo elas adotadas em termos legislativos, o que veio a suceder em geral, após somente o ano de 1918 (SILVA, 1997, p. 19).

Prosseguindo nessa exposição, constata-se que, relativamente à propriedade, o ordenamento jurídico revestiu o seu titular com poderes de caráter absolutos e ilimitados. Impensável nesse período no Brasil, qualquer restrição de um ato de propriedade, ou a funcionalização de seu exercício por conta de uma necessidade de ordem coletiva. O contrato como já assinalado era concebido pura e simplesmente como forma do exercício da autonomia privada e como um instrumento de transmissão segura das riquezas no seio da sociedade civil, protegendo os valores individualistas de matizes liberais. Por sua vez, a regulamentação do direito de família guardava os germes de uma estrutura rural e colonial. Não existiam os direitos das famílias como atualmente o concebemos. A família positivada na codificação nada mais era como o conseqüente de uma visão de mundo patriarcal e anacrônica da sociedade brasileira, estabelecida de discriminações em sua estrutura de modo a valorizar e privilegiar os vínculos da consanguinidade. Por isso, foram criadas as categorias jurídicas dos "filhos ilegítimos" e da mulher considerada como absolutamente incapaz (SILVA, 1997).

Todavia, com o advento do Estado Social, verificou-se a descodificação do Direito Civil, já analisada, e a posterior constitucionalização do Direito Privado, na medida em que a intervenção estatal na atividade econômica e na vida social passa a ser sentida com forte presença no mundo jurídico no século XX. No âmbito jurídico, verifica-se a constitucionalização de certos princípios gerais do Direito Civil e institutos do Direito Privado, como a família, a propriedade, atividade econômica, ou seja, princípios fundamentais do direito privado (FLÓREZ-VALDÉS, 1986).

Com a promulgação da Constituição de 1988 a tutela da pessoa humana é eleita como pertencente ao rol dos princípios fundamentais que fundamentam a República brasileira. Por isso a dignidade humana da pessoa humana não é tecnicamente um direito fundamental, mas a base através da qual eles se originam. Muitos dos conteúdos clássicos do direito civil se encontram positivadas¹⁹ no texto

¹⁹ Nesse sentido, cf. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”, in: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 36, que explica: É o fenômeno chamado por alguns doutrinadores de relevância constitucional das relações privadas⁴⁴. E aqui os exemplos são múltiplos nas constituições sociais modernas, como também na nossa carta constitucional. Sem pretender ser exaustivo, pode-se destacar, sob a ótica enfocada, a proclamação, pelo constituinte, da liberdade de constituir associações e cooperativas (art. 5º, inc. XVII a XX), da legitimidade representativa das entidades associativas (art. 5º, inc. XXI), da liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º), da impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º, inc. XXVI), dos direitos autorais (art. 5º, inc. XXVII e XXVIII), da propriedade industrial (art. 5º, inc. XXIX),

constitucional promulgado em 1988, nascendo a partir disso um profundo questionamento em relação as suas atuais fronteiras e ao seu futuro.

A aproximação ao chamado Direito Civil Constitucional surge diante da dupla consideração do caráter normativo da Constituição e a presença nesta de matérias cujos conteúdos correspondem a atributos originários do Direito Civil. Metodologicamente, essa aproximação pode tanto ser examinada como tema de estudo do Direito Constitucional como também relativa à incidência da Constituição no Direito Civil (FLÓREZ-VALDÉS, 1986).

No Brasil, dos civilistas advieram questionamentos sobre o significado e impacto da constitucionalização do Direito Privado/Direito Civil. Com a promulgação da CRFB/1988, instalou-se uma forte resistência dos civilistas mais tradicionais ao argumento de que o processo designado como constitucionalização do Direito Civil representaria, em verdade, uma redução do papel da dogmática jusprivatista no âmbito da Teoria Geral do Direito. Desse modo, a partir da interferência da Constituição no âmbito antes reservado à autonomia privada, uma nova ordem pública há de ser construída, coerente com os fundamentos e objetivos fundamentais da República. A rigor, desde os anos oitenta, os civilistas sustentam, no Direito brasileiro, a imprescindibilidade da aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. (TEPEDINO, 2005)

Para evitar que uma hermenêutica não sintonizada com as coordenadas axiológicas do Estado Democrático de Direito da atualidade impedisse que a Constituição, de fato, assumisse a posição de centro de gravidade do sistema de Direito Privado, tornou-se necessário avaliar essa mudança do ponto de vista

do direito à herança (art. 5º, inc. XXX), da necessidade de defesa do consumidor (art. 5º, inc. XXXII, art. 170, V, art. 48 do ADCT), da limitação da responsabilidade civil ex delicto dos sucessores (art. 5º, inc. XLV), a garantia do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV e LV), da vedação de provas ilícitas (art. 5º, inc. LVI), da admissão de ação penal privada, subsidiária da ação penal pública (art. 5º, inc. LIX), da indenizabilidade por erro judiciário (art. 5º, inc. LXXV), da gratuidade de registro de nascimento e óbito (art. 5º, inc. LXXVI), dos direitos dos trabalhadores (art. 7º e seus incisos), da dignidade da pessoa humana e do valor da justiça social como princípios informadores de toda a ordem econômica, o que abrange também toda a atividade comercial privada (art. 170, caput), da necessidade de proteção das microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, inc. IX e art. 179), da função social da propriedade urbana (art. 182, §2º), da usucapião urbana (art. 183), da usucapião rural (art. 191), do pluralismo da noção de família (art. 226, §3º e 4º), do livre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, §7º), da proteção absolutamente prioritária devida à criança e ao adolescente, em todas as suas dimensões existenciais (art. 227), da absoluta igualdade entre filhos de qualquer natureza, vedando-se peremptoriamente qualquer discriminação a respeito (art. 227, §6º), da necessidade de proteção aos idosos (arts. 229 e 230)".

sistemático, a partir da supremacia da Constituição e da tábua de valores nela presente (BODIN DE MORAES, 2003).

Não se sustenta, contudo tal premissa metodológica tão somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai-se além, reconhecendo, pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem informar o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito privado (PIERLINGIERI, 2012).

E assim, o Direito Civil iluminado pelos princípios constitucionais, especialmente, o da dignidade da pessoa humana abre lugar a uma repersonalização do Direito Privado (e do Direito Civil), movimento que recoloca a pessoa e a sua proteção no centro das preocupações jusprivatistas. Sobre o tema Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski asseveram que:

Repersonalizar” o Direito Civil é, portanto, conforme as lições de Tepedino e Perlingieri, colocar a pessoa humana no centro das preocupações no Direito. Trata-se de revisitar, de algum modo, a idéia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio. O fundamento, porém, aqui, é diverso daquele que informa a ordem de ideias defendida por Kant: na dialética que nega a abstração kantiana emerge síntese que impõe a tutela da pessoa por sua condição de concretude, de sujeito de necessidades (FACHIN, PIANOVSKI, 2008, p. 10).

Desse modo, a constitucionalização do direito privado representa a integração desta seara do direito a concretização de um projeto constitucional de realização da pessoa humana, preponderando às situações jurídicas de caráter existencial sobre aquelas de caráter patrimonial. A juridicidade contemporânea constitucionaliza o direito em modo geral e elege a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, impondo aos seus intérpretes do direito o respeito e a sintonia com os princípios, regras e valores positivados na Constituição.

O ponto de partida em questão exige que se efetue uma aproximação de categorias e institutos jurídico-privados, originariamente articulados para a tutela de situações jurídicas patrimoniais, contribuindo para o desenvolvimento de

ferramentas aptas à tutela da autonomia privada em seus interesses existenciais. Por isso, será realizado, no capítulo seguinte, o estudo de uma das principais, senão a principal, estruturas dogmáticas responsáveis por essa articulação: o instituto dos direitos de personalidade.

2 A TUTELA AVANÇADA DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Nunca se chega ao porto. Mas quando duas rotas amigas coincidem, o mundo inteiro então nos parece o anelado porto.

Hermann Hesse

No capítulo anterior, verificou-se que a promoção da tutela da pessoa humana caracteriza-se como uma das questões mais prementes do Direito Contemporâneo, inclusive na seara do Direito Civil, tradicional e historicamente estruturado para tutelar as relações da vida social a partir de uma ótica patrimonial. Essa "virada de Copérnico", para utilizar a expressão tão cara a Luiz Edson Fachin (FACHIN, 2000), impôs não apenas profunda transformação na postura hermenêutica e metodológica dos juristas, mas reclamou a positividade expressa de uma estrutura formal que facilitasse a articulação intersistemática entre a Constituição e o Código Civil. Esta veio a se materializar positivamente no Código Civil de 2002, quando foi incluído, na sua Parte Geral, um capítulo tratando especificamente sobre os direitos da personalidade, conferindo positividade a essa categoria jurídica.

Logo, o presente capítulo tratará, de maneira metodológica, do estudo desses direitos, a partir da análise de sua evolução histórica, funcionalidade e estrutura jurídico-dogmáticas, bem como as pautas definidoras de sua positividade na experiência jurídica brasileira.

2.1 Evolução histórico-metodológica, estrutura, função e qualificação jurídica dos direitos de personalidade.

José Ortega y Gasset, na obra "Meditações do Quixote" ²⁰ publicada na Espanha, mais precisamente no já longínquo ano de 1914, convida a uma fina reflexão sobre a vida e a existência do homem. O filósofo espanhol, cujo pensamento articula o rigor sistemático com uma percepção profunda sobre os dilemas da radicalidade da existência humana e suas projeções no âmbito social, imputa ao homem o peso de sua realidade radical, a qual ele denomina de existencialidade, e a partir dela compreender e relacionar-se com todas as demais realidades que se lhe apresentam.

Nessa linha de desenvolvimento, salienta que a vida dos homens é dinâmica, apresentando-se, portanto, em constante e dramático movimento. Esse movimento significa que, no ápice de segundo mais próximo, o homem não sabe de antemão o que lhe acometerá. Logo, ele (o homem) se move em sua solidão radical e com ela (e nela) estão seres, coisas, objetos, tangíveis e intangíveis, ou seja, a sua circunstância. Precisa o homem salvar-se, seguir em frente, e para isso precisa "salvar" a sua circunstância para igualmente salvar-se, e assim anunciava Ortega Y Gasset, a grande descoberta do homem contemporâneo "*Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo*". O homem embora reduzido pelo pensamento jurídico a uma função meramente abstrata como a de titular de direitos e deveres em todas as épocas buscou desenvolver seus projetos existenciais e a felicidade, pois não se tem conhecimento ao longo da história de alguém que pretendeu a infelicidade como um projeto de vida (ORTEGA Y GASSET, 1967).

Esse autor reconhece a vida humana a partir de alguns atributos, quais sejam: a vida é pessoal, circunstancial, intransferível e responsável. Primeiro, porque a vida humana, em sentido próprio e originário, é a de cada uma e vista dela mesma. A circunstancialidade decorre de achar-se o homem, sem saber como, nem porque, obrigado, sob pena de sucumbir, a fazer sempre algo diante de uma determinada circunstância. A circunstância lhe apresenta diversas possibilidades de fazer, portanto, de fazer "um isso ou um aquilo", obrigando cada qual a exercer, queira-se ou não, a sua liberdade (ORTEGA Y GASSET, 1961).

²⁰ ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote*. São Paulo: Livro Ibero-Americana, 1967.

Para Ortega, "somos livres à força" e a vida não é coisa dada feita e acabada ao homem. Por isso, momento a momento, ele (o homem) é impelido a decidir, a cada instante e no instante imediato, aquilo que irá realizar bem como no ser que irá se transformar. E, assim, nos dizeres de Ortega a vida e o viver são intransferíveis e ninguém pode substituir o homem em sua tarefa inalienável, por conseguinte, intransferível de existir. Tarefa que é indelegável, igualmente, como a aquisição do conhecimento - processo imaterial - que não se pode efetuar por procuração (BOURDIEU, 2014).

Por isso, cada homem, torna-se iniludivelmente responsável pela decisão do seu próprio fazer e do seu padecer. Elementos nodais a existência humana (ORTEGA Y GASSET, 1961). Categoricamente afirma que, na ausência desses atributos, ter-se-á uma vida humana débil, atenuada e atrofiada, mas que, pela ausência de outra denominação, chamar-se-ia de vida humana, para não chamá-la de inumana:

Se mais adiante nos encontrarmos com vida, nossa ou de outros, não possua esses atributos, significa, sem dúvida nem atenuação, que não é vida humana em sentido próprio e originário, isto é, vida enquanto realidade radical, mas que será vida e, se quiser, vida humana em outro sentido, será outra classe de realidade diferente daquela e, além disso, secundária, derivada, mais ou menos problemática. Teria graça se, em nossa pesquisa, tropeçássemos com formas de vida nossa que, ao ser nossa, teríamos de chamar humana, mas que, por lhe faltarem aqueles atributos, teríamos de chamar também ao mesmo tempo, não humana ou inumana (ORTEGA Y GASSET, 1961, p. 96-97).

Desse modo, diante de tantos atributos, o homem - diferentemente dos demais animais que não regem as suas existências e não vivem a partir de si mesmos, por estarem sempre atentos ao que se passa fora de si - é o único animal dotado da capacidade de ensimesmar-se, isto é, de dispor do privilégio de liberar-se transitoriamente das coisas externas e poder descansar em si mesmo, forjando para si ideias sobre esse mundo que lhe envolve para forjar um plano de ataque à sua circunstância que tangencia sempre o seu horizonte (ORTEGA Y GASSET, 1961).

Em suas meditações o Eu percebe, em sua realidade radical, o excesso de sua existência e isso o convida a sair de sua mesmidade, deste lugar radical que é viver em si mesmo. Gradativamente, nesse contato com o mundo formará a sua identidade com os elementos que se encontram em seu contorno e que lhe

interpelam. Nesse mundo, lugar da coexistência com os Outros - na medida em que só se existe cada qual em sua realidade radical - cada rosto lhe anuncia a exterioridade do Outro. Ensimesmar-se é também é recolher-se do homem no seu lar, dentro do mundo, pois, precisa o homem de proteção e segurança. Porém, viver na sua mesmidade não é suficiente ao homem na medida em que o Eu descobre que também existe para o Outro, pois, visto que este ou estes conferem sentidos a sua existência (LEVINAS, 1988).

Os desafios de cada indivíduo em relação auto-realização da singularidade de sua existência podem ser também percebidos no livro *Demian* de Hermann Hesse. O autor narra às aflições do Jovem Emil Sinclair e seus desafios de lidar com o mundo que lhe é incompreensível e incapaz de compreendê-lo, consoante segue: [...] “Queria apenas tentar viver aquilo que brotava espontaneamente em mim. Por que isso me era tão difícil?” [...] “Quando me comparava com os demais, sentia-me muitas vezes orgulhoso e satisfeito comigo mesmo, e em outras tantas deprimido e humilhado. Ora me acreditava um verdadeiro gênio, ora fraco do juízo. Não me era possível compartilhar a vida e as alegrias dos outros rapazes de minha idade, e às vezes reprovava asperamente o meu isolamento e sentia profunda tristeza, crendo-me definitivamente afastado de todos os meus semelhantes, com todas as portas da vida fechadas irrevogavelmente para mim [...] (Hesse, 1962).

No alegórico personagem Zaratustra, que Friedrich Nietzsche celebrizou na obra "Assim Falou Zaratustra", vislumbra-se esse "lar" na montanha, e este "existir para" no descer dessa mesma montanha, pois, em razão de um longo período de isolamento e reflexão, o personagem sente profunda necessidade de "voltar a viver entre os homens" a fim de dividir tudo que compreendera, estabelecendo um equilíbrio entre o ensimesmar-se e coexistir ético com os semelhantes:

[...] Aos trinta anos apartou-se Zaratustra da sua pátria e do lago da sua pátria, e foi-se até a montanha. Durante dez anos gozou por lá do seu espírito e da sua soledade sem se cansar. Variaram, porém, os seus sentimentos, e uma manhã, erguendo-se com a aurora, pôs-se em frente do sol e falou-lhe deste modo: “Grande astro! Que seria da tua felicidade se te faltassem aqueles a quem iluminas? [...] já estou tão enfastiado da minha sabedoria, como a abelha que acumulasse demasiado mel. Necessito mãos que se estendam para mim.

[...] Eu devo descer, como tu, segundo dizem os homens a quem me quero dirigir. Abençoa-me, pois, olho afável, que podes ver sem inveja até

uma felicidade demasiado grande! Abençoa a taça que quer transbordar, para que dela manem as douradas águas, levando a todos os lábios o reflexo da tua alegria! Olha! Esta taça quer de novo esvaziar-se, e Zaratustra quer tornar a ser homem [...] (NIETZSCHE, 1998).

No seu retorno ao "mundo dos homens", Zaratustra encontra as profundas misérias e iniquidades humanas e sua desumanização e suas concepções individualizadas sobre a justiça. Nesse horizonte, o homem se encontra em perigo. Está sempre sujeito a desumanizar-se, pois a sua humanidade não é um dado pronto, mas, sim algo a construir-se. Não lhe é dado o mesmo "privilégio" que é concedido aos animais, visto que: "*enquanto o tigre não pode deixar de ser tigre, não pode destigrar-se, o homem vive em risco permanente de desumanizar-se*" (ORTEGA Y GASSET, 1961).

E nesse desumanizar-se dos homens também emerge todo o seu potencial de violência e a capacidade de aniquilação/extinção da vida do Outro verificado nas guerras e massacres. Essa violência decorrente da barbárie não objetiva aos homens, apenas, feri-lo ou aniquilá-lo na medida em que pretende interromper a continuidade das vidas das pessoas. Em outras palavras, fazê-las desempenhar papéis que já não se encontram, em fazê-las trair não apenas compromissos, mas a sua própria substância, em levá-las a cometer atos que vão destruir toda a possibilidade de construir atos (LEVINAS, 1988).

Talvez os judeus que suportaram a violência extrema dos campos de concentração tenham morrido de alguma forma. Aqueles que não foram fuzilados ou executados nas câmaras de gás, igualmente foram mortos por outras mortes. Morreram quando a violência, a dor, o sofrimento, a fome arrancaram sua personalidade para que olvidassem que eram seres humanos. Morreram igualmente quando a Guerra acabou e os campos foram desativados e soçobraram suas vidas solitárias e que delas haviam sido desapossadas. A perda do sentido da vida, com a morte prematura de seus filhos, amigos, familiares e amores. Enfim, todos mortos, e, a partir de então, seria dolorosamente difícil situar cada qual o mundo como sua grande família:

Ao dar entrada no campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do seu próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo,

como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta, a dor, e a exaustão. E nesse esforço puramente animal, tudo era permitido: o furto da comida dos outros prisioneiros, a delação, a prostituição, a bajulação sórdida, o pisoteamento dos mais fracos (COMPARATO, 2010, p. 36).

É diante desse cenário que a humanidade percebe a necessidade de proteger aquilo que é mais sagrado em qualquer ser humano, a saber, a sua dignidade e sua substancialidade pela via da tutela jurídica da personalidade, ou seja, do homem como manifestação daquela dignidade de que se tratou no capítulo anterior. Foram os mesmos médicos alemães que proferiram o juramento de Hipócrates os protagonistas das maiores inumanidades praticadas no seio da biomedicina durante Segunda Guerra, por meio das práticas da eugenia e da instrumentalização de seres humanos como cobaias em pesquisas científicas (CASCAIS, 2012).

Nesse sentido, verificou-se no episódio supracitado, em mais de dois séculos de Direitos do Homem, as mais chocantes violações desse homem com os seus direitos invioláveis. Para que a liberdade das pessoas seja factível e efetivamente garantida, ela mesma precisava ser limitada. A proteção do livre desenvolvimento da personalidade das pessoas representa um projeto em que valores como respeito e solidariedade se encontram em sua base. Isso cabe a todos. E, de um modo particular, cabe aos estudiosos do direito desenvolver e aprofundar os estudos para que a sociedade disponha no plano do direito dos mais eficazes instrumentos de tutela avançada em direção à proteção do livre desenvolvimento da personalidade das pessoas (ASCENSÃO, 2012).

Para a devida compreensão do que são os direitos da personalidade, a sua estrutura, função e titularidade no sistema de direito privado brasileiro, considerando a relevância e complexidade desta disciplina, torna-se necessário esclarecer o significado jurídico de alguns conceitos e categorias jurídicas que tangenciam a matéria ora objeto de estudo. Em vista disso, reconhece-se, de antemão, os obstáculos que se revelam para realização de tal desiderato, especialmente, quando historicamente constata-se que as categorias e institutos jurídicos de direito privado, sistema no qual se insere o Direito Civil objetivaram, essencialmente, instrumentalizar relações jurídicas patrimoniais entre particulares. Tudo isso para conferir as operações econômicas subjacentes aos negócios entabulados à

necessária segurança jurídica à circulação das riquezas, tema já aludido anteriormente.

Em outras palavras, a avassaladora arquitetura do "ter" que vergasta a paisagem da metrópole jurídica, conforme será desenvolvido com melhor detalhamento adiante - ainda na contemporaneidade, precisa compreender que uma nova paisagem cresce rizomáticamente em seu entorno, a qual se liga a necessidade fundamental do "homem nômade", isto é, a capacidade de "ser". Para o qual em meio ao deserto da existência não ter lugar é a possibilidade de "ter" todos os lugares (FACHIN, 2000).

Em relação à proteção da pessoa humana, importantes formulações trazidas do plano da vida foram incorporadas no Direito Civil brasileiro, no período de 1916 a 2002, os quais marcam a experiência jurídica brasileira não somente como conseqüência da cristalização de importantes codificações realizadas pelo gênio humano em seu intento de tutelar a vida civil dos homens. A esperança de igualdade, liberdade e fraternidade entre estes ainda é um sonho que não se realizou. Diferentemente, o Código, enquanto processo de afirmação daqueles valores, nada mais fez que conformação das sociedades que o adotaram de acordo com a visão de mundo das forças então dominantes que o forjaram. O Código Civil brasileiro de 1916 não disciplinava positivamente a matéria dos direitos da personalidade. Por outro lado, caso se entenda que este os tutelava de alguma forma, isso apenas ocorreu de maneira implícita e não explícita ou sistemática. Nesse sentido, como exemplo de tutela da personalidade nessa codificação era possível verificava de maneira insipiente a proteção da honra, prevista no seu Artigo 1.547, que previa o direito da pessoa vítima de injúria ou calúnia de ser indenizada, desde que ao ofendido a conduta do ofensor resultasse dano (MORATO, 2013).

Em se reconhecendo os germes de sua proteção material ainda incipiente naquela estrutura jurídica, temos que os direitos da personalidade vieram tão somente a ser expressos no âmbito da legislação infraconstitucional brasileira a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o qual disciplinou a matéria em um capítulo próprio, situado na Parte Geral do Código Civil. O que não fora feito antes, possivelmente, pelo fato de o anteprojeto da codificação anterior ter sido redigido por Clóvis Beviláqua no ano de 1899, época em que a dogmática dos

direitos da personalidade não se encontrava devidamente difundido na cultura jurídica (ANDRADE, 2006).

No cotejo das duas codificações detectam-se sensíveis alterações experimentadas no Direito Civil brasileiro no século XX, cuja expressão máxima culminaria na afirmação dos direitos da personalidade e do Direito Geral de Personalidade, temas que serão analisados em sede oportuna ainda nesse estudo. Reflexionando em perspectiva, vê-se que o Código Civil de 1916 em seu artigo 2º, inserido no capítulo das "Pessoas Naturais", aludia ser "*todo homem capaz de direitos e obrigações na ordem civil*". Essa locução foi reproduzida na codificação de 2002, todavia, com a retirada do vocábulo "homem" tendo em vista que se passou a adotar na dogmática moderna a terminologia "pessoa". Restando, com efeito, a redação moderna do artigo 1º do texto codificado da seguinte maneira: "*toda pessoa é capaz de direitos e obrigações na ordem civil*".

Embora a alteração do vocábulo tenha modernizado o sistema jurídico em relação à noção de pessoa, por se coadunar com o valor jurídico dignidade da pessoa humana, as regras jurídicas que se sucederam entre as experiências codificadas versam estritamente sobre a mesma temática, qual seja, a categoria capacidade jurídica, cujo sinônimo é a categoria personalidade jurídica, termo que a partir de então se adota neste estudo para aludir à capacidade genérica e abstrata de um sujeito de direitos contraírem direitos e obrigações na ordem civil. Trazer a lume o significado da personalidade jurídica de modo a diferenciá-la dos direitos da personalidade representa um dos elementos fundamentais para a compreensão da temática proposta neste capítulo o que amiúde é objeto de graves incompreensões no âmbito da dogmática civilística.

Com efeito, tem-se que a personalidade jurídica consiste na autorização prévia e genérica do ordenamento jurídico à pessoa para a prática de qualquer ato jurídico que não seja proibido pelo Direito. Trocando em miúdos, a personalidade jurídica é a qualidade de ser pessoa no e para o Direito positivo (VASCONCELOS, 2006).

Em última análise ser pessoa para o Direito codificado de 1916 é desfrutar de personalidade jurídica, isto é, gozar de aptidão genérica para a prática de atos jurídicos e de ser titular de direitos e deveres na ordem civil, cenário em que não é considerada a sua dimensão de titular de relações. Como consectário disso, toda

pessoa nascida, aludindo-se neste momento as pessoas naturais, desfruta da condição de sujeito de direitos e detêm, por conta disso, personalidade jurídica.

Em que pese os sujeitos de direito sejam em regra as pessoas naturais, por ser a maioria, desfrutavam também desta condição as pessoas jurídicas e os Entes despersonalizados. Os sujeitos de direitos como categoria abstrata eram os protagonistas dos atos civis na medida em que se qualificavam como elementos que conformavam a estrutura da relação jurídica de direito privado. A relação jurídica de direito privado em sentido estrito *"vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição"* (DOMINGUES DE ANDRADE, 1992, p. 2).

Por outro prisma, sem fugir de sua essencialidade, a relação jurídica pode ser definida como o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representando, igualmente, uma situação através da qual duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos que se estabelece entre sujeitos, em posição de poder, e outros em correspondente posição de dever. Poderes e deveres estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a tutela de um interesse, entendendo-se como interesse a necessidade de bens materiais ou imateriais que se constituem em razão do agir (AMARAL, 2003).

Os seres que interagem no bojo dessas relações são denominados, como já mencionados, sujeitos de direito. Estes podem assumir as formas de pessoas naturais, isto é, físicas, se coincidentes com o ser humano, e pessoa jurídicas, quando são entidades ou organizações unitárias de pessoas ou de bens a que o direito atribui aptidão para a titularidade de relações jurídicas (AMARAL, 2003). Nesse sentido, em regra, são sempre pessoas em sua acepção jurídica que são sujeitos (pessoas naturais e pessoas jurídicas) de uma relação jurídica, mas pode-se conceitualmente ser pessoa – pessoa natural - sem ser sujeito de qualquer relação jurídica (DOMINGUES DE ANDRADE, 1992).

Ademais, se o pressuposto para a participação em uma relação jurídica de Direito Privado, de acordo com o Código Civil de 1916, vinculava-se à condição de sujeito de direito, o que não era prerrogativa exclusiva das pessoas naturais e das pessoas jurídicas como já destacado, havia, assim, no sistema de Direito Privado

brasileiro uma ausência de instrumentos de proteção à pessoa humana uma vez que pessoas naturais, pessoas jurídicas e entes despersonalizados possuíam as mesmas prerrogativas em última análise. Nesse contexto, havia uma visão totalmente mecanicista do ser humano, isto é, impessoal do sujeito de direitos que se exteriorizava ao mundo jurídico, exclusivamente, através de relações negociais (BORGES, 2005).

Tanto no âmbito jurídico quanto no âmbito social a pessoa humana se encontrava fundamentalmente sem proteção em relação à afirmação jurídica de seus atributos existenciais. Primeiro porque era concebida abstratamente para o direito e nele existia pela sua aptidão de constituir relações jurídicas patrimoniais. Segundo porque no século XX a humanidade assistiu a duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre os anos de 1914 e de 1945 demonstrando a não efetividade do direito vigente na ordem mundial em proteção a vida e a integridade psicofísica das pessoas (SCHREIBER, 2013).

Desse modo, a necessidade social em face do menosprezo e do desprezo à dignidade humana por parte do Estado, somados aos atentados perpetrados contra a personalidade por particulares em razão dos progressos técnicos da era moderna, assim foram incentivando os tribunais, especialmente, os germânicos no pós-guerra a agir em proteção da pessoa humana por intermédio do reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria jurídica positiva (GOMES, 1985).

Os direitos da personalidade concebidos como direitos subjetivos cujo objeto de proteção consiste em serem a proteção, afirmação e defesa dos atributos essenciais da condição humana, para muitos juristas não poderiam ser justificados dogmaticamente visto que as categorias existentes do direito subjetivo não eram compatíveis com a natureza desses direitos, especialmente, pelo fato de que o objeto dessa relação jurídica confundir-se-ia com a pessoa do seu próprio titular (DONEDA, 2001).

Registra-se, por oportuno, que a autonomia privada -, embora se subdividida em duas espécies, a saber, direito subjetivo e liberdade negocial - comumente foi compreendida como sinônimo daquela liberdade, e, ademais, os direitos subjetivos

serviram historicamente de instrumentos realizadores desta liberdade negocial (PRATA, 1997).

A essa concepção do direito subjetivo como limitador da afirmação dos direitos da personalidade também foi objeto de críticas demonstrando-se a necessidade de que as situações jurídicas existências fossem albergadas de modo especial pela instrumentalidade do direito subjetivo. Em tal perspectiva os direitos subjetivos instrumentalizados para categorias do "ter" precisam ser remodelados para a categoria do "ser", na medida em que nesta não é possível estabelecer critérios de dualidade entre o sujeito e objeto, haja vista que o interesse que se está a proteger é a pessoa de maneira concreta e singularizada, a qual, ao mesmo tempo e sem nenhum problema, desfruta da posição de sujeito titular do direito e de ponto de referência e objeto da relação. Isso ocorre justamente pelo fato de representar a personalidade não um direito protegido, mas, sim, um valor central do direito que reconhece nesta a potencialidade de uma miríade de situações existenciais que a pessoa manifesta e que precisam de instrumentos dogmáticos de tutela jurídica para a sua promoção e proteção (PERLINGIERI, 2002).

A multiplicidade de manifestações da personalidade humana deu ensejo a que juristas formulassem como categoria jurídica o reconhecimento de um Direito Geral de Personalidade (direito subjetivo de personalidade) concomitante a ao reconhecimento de uma pluralidade de direitos típicos de personalidade (direitos subjetivos especiais de personalidade) ²¹ como forma de promover a tutela integral de proteção da personalidade humana.

Os direitos da personalidade embora não disciplinados expressamente no direito brasileiro nos períodos anteriores a 1988²² e 2002 foi incorporado como elemento de proteção fundamental da pessoa nas relações privadas, através do movimento de repersonalização do direito civil, substancialmente, pela influência doutrinária e jurisprudencial. Ao positivá-los, através do Código Civil de 2002, o direito brasileiro, avançou na tutela de proteção da pessoa e ao instituir formalmente

²¹ Na Alemanha, sustentava Karl Larenz a existência de um direito geral de personalidade, ao passo que, na Itália, Adriano de Cupis afirmava a existência de diversos direitos da personalidade típicos.

²² Doutrinariamente, os direitos da personalidade, antes de serem incorporados ao texto da CRFB/1988 já vinham sendo reconhecidos e desenvolvidos dogmaticamente por parte da doutrina brasileira. A profunda alteração trazia pelo Código Civil de 2002 em relação à pessoa humana diz respeito ao fato dela possuir personalidade jurídica ao mesmo tempo em que também é titular de direito da personalidade (ANDRADE, 2006).

a categoria de direitos denominada de "Direitos da Personalidade", ao discipliná-la em capítulo próprio do texto codificado e em unidade topográfica específica na sistemática codificada (ANDRADE, 2006), tema que será desenvolvido oportunamente na última secção deste capítulo.

Desse modo, os direitos da personalidade consistem em direitos subjetivos que objetivam a proteção dos valores e atributos que decorrem da dignidade da pessoa humana. No Direito Privado, a sua função revela-se como a de proteção fundamental da pessoa em suas relações jurídicas entabuladas com os particulares. O objeto de proteção desta espécie de direito não é a pessoa, mas sim o ser humano concebido em sua integralidade (MIRANDA, 1983).

Por tudo isso, o conceito de pessoa no direito já não pode mais ser traduzido pela velha fórmula de que "ser pessoa é ser sujeito de direitos". Para o moderno Direito Civil e Constitucional vigente e quem paulatinamente vem se afirmando no Brasil, o significado jurídico de pessoa contempla ao menos duas dimensões. Nesse sentido, temos a possibilidade desta ser titular de situações jurídicas patrimoniais, por meio do atributo da personalidade jurídica e da qualidade que dela decorre de ser sujeito de direitos; bem como pelo advento dos direitos da personalidade a pessoa passa a ser titular e por isso protegida no que respeita as suas situações jurídicas existenciais.

Na medida em que a proteção desses direitos se liga à proteção dos atributos essenciais da condição humana, impende considerar os seus atributos físicos, psíquicos e intelectuais. Elementos que não são mensuráveis economicamente. Desse modo, o professor Walter Moraes em sua obra "*concepção tomista de pessoa um contributo para a teoria do direito da personalidade*" ensina que:

Os bens que em direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*. Com efeito, excluem-se das extensas relações de bens de personalidade (supra, n. 1) os que extravasam dos limites da individualidade humana, também os simples desdobramentos de componentes fundamentais e algumas extravagâncias do entusiasmo teórico avaliáveis de pronto, e teremos alguns poucos direitos básicos, estes admitidos pela *communis opinio* doutrinária: o corpo (saúde etc.) e a psique (integridade psíquica), que são substâncias. A vida, que é essência da psique, a obra, dita do espírito, que é ato da potência intelectual, a imagem, que é propriedade do corpo (visibilidade), a condição de família, que é propriedade da potência generativa (congeneratividade), a liberdade e a dignidade, que são propriedades da anima *intellectiva*, a

identidade (verdade pessoal, nome) e a intimidade (incomunicabilidade ontológica), que são propriedades do todo humano – além de outros cuja qualificação como bens e direitos de personalidade é discutida (MORAIS, 1984, p. 14-24).

Desse modo, além de já ser possível a compreensão do significado jurídico e dogmático dos direitos da personalidade, também é possível delinear as suas diferenças com nítida precisão em relação à personalidade jurídica. Em que pese direitos da personalidade e personalidade jurídica se encontrem disciplinadas na parte geral do Código Civil, temos a segunda como uma categoria da Teoria Geral do Direito Privado, ao passo que a primeira é uma disciplina normativa singular que possui sujeito, objeto e causa como se verifica igualmente em todas as outras disciplinas de direito privado (NERY, 2015).

Ademais, os direitos da personalidade situam-se topograficamente na Parte Geral, no Livro I, no Título denominado "Das Pessoas", Capítulo II, compreendendo os artigos 11 ao 21, por este motivo, reconhece-se que o direito de personalidade é uma das disciplinas que compõem o direito civil, embora o seu objeto não se esgote no direito civil - visto que a honra e outros elementos também são tutelados pelo direito penal - que cuida de uma temática ampla, que comportaria sua alocação num livro próprio - como reclamam muitos juristas estudiosos do assunto - com nomenclatura própria, como disciplina própria, ao lado do direito de família, de sucessões, de obrigações, de contrato, de empresa, de coisas etc.

Realizadas as considerações acima em relação à origem, conteúdo e função dos direitos da personalidade e ressaltando os possíveis pontos de incompreensão da temática, passa-se a análise das questões metodológicas de seu estudo e a definição da sua titularidade ou de seu objeto de proteção.

2.2 Estrutura e qualificação jurídica dos direitos de personalidade

Realizar o estudo dos direitos da personalidade impõe como já visto o esclarecimento de conceitos e como veremos a partir de então de questões metodológicas. É certo que a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado já não possui a *summa divisio* que criara um hiato entre essas esferas no período liberal,

ensejando, ainda, o surgimento de outras dicotomias aludidas no primeiro capítulo deste estudo. Questão, de ordem metodológica, que se impõe diz respeito ao fato de e os direitos da personalidade igualmente encontrarem-se inseridos entre o rol de direitos fundamentais previstos na CRFB/1988. Por isso, indaga-se qual o fundamento e relevância jurídica da análise dos direitos da personalidade sob o prisma do Direito Privado e não pelo prisma do direito público através da categoria dos direitos fundamentais ou liberdades públicas posto que muitos direitos previstos no Código Civil como direitos da personalidade também estão previstos entre os direitos fundamentais.

Dessa forma, afirma-se que os direitos do homem e os direitos da personalidade são os mesmos, porém vistos sob o prisma de diferentes relações. Os primeiros possuem como objeto as relações de Direito Público, ou seja, entabuladas entre Estado e particulares, constituindo os direitos físicos em relação à sua essencialidade material - direito à vida, às partes do corpo, à liberdade, o direito de ação, entre outros. Já os direitos da personalidade abrangem os aspectos intelectuais e moral da pessoa - englobam os direitos à honra, ao nome, à imagem, ao segredo, à liberdade de religião e consciência etc. -, Embora vistos de pontos diferentes, essencialmente, tem-se, em unidade, os mesmos direitos (DIAS, 2000).

Registre-se que as liberdades públicas surgem, portanto, quando o Estado consagra os direitos individuais ou fundamentais, distinguindo-se das liberdades privadas, oponíveis ao particular. A questão que se põe é a de que e em qual medida as liberdades públicas ou privadas identificam os direitos personalíssimos. Relembre-se, inclusive, o avanço da crítica atual à manutenção da rigidez da dicotomia público-privado. Modernamente, os direitos humanos ou fundamentais coadunam-se com as liberdades públicas, ou aquilo que durante muito tempo se convencionou chamar de direitos individuais, ou seja, as liberdades públicas constituem, na verdade, o núcleo dos direitos fundamentais. Portanto, na ordem constitucional brasileira coíbe-se qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, conforme preleciona o art. 5.º, XLI, da CRFB/1988.

Ademais, embora muitos direitos da personalidade revistam-se também da natureza de direito fundamental, especialmente os que se encontram previstos nos incisos do artigo 5º da CRFB/1988, não se deve confundi-los ou compreendê-los sob o mesmo significado jurídico. Nem todo direito da personalidade é um direito

fundamental e nem todo direito fundamental é um direito da personalidade (JABOUR, 2000).

As fronteiras dessa divisão tornam-se ainda mais sensíveis na medida em que se começa a reconhecer doutrinariamente que os direitos da personalidade diretamente vinculados à integridade física da pessoa são direitos fundamentais. Nessa perspectiva, considera-se que:

todos os direitos da personalidade (ao menos os que, por sua vinculação com a dignidade da pessoa humana e a tutela integral dos traços essenciais da personalidade merecem tal designação) são sempre fundamentais, em que pese não estejam expressos nas constituições (SARLET, 2010, p. 19).

Assim sendo, os direitos da personalidade podem ser *"em uma só fórmula para nomear esses direitos, e, efetivamente, é a expressão 'direitos da personalidade' que se está impondo, quando examinados sob o ângulo do direito civil"* (BITTAR, 1978). Esclarecidas às questões atinentes a estrutura, função, objeto, topografia, metodologia de abordagem em relação aos direitos da personalidade, busca-se a partir de então estabelecer com precisão quem é seu titular e destinatário de sua proteção.

Para tanto, a formulação de um repositório de questões a serem respondidas se faz necessária. São elas: os direitos da personalidade representam a esfera de proteção apenas do indivíduo-pessoa, isto é, do ser humano já nascido? Tais direitos são igualmente conferidos ao ser já concebido que se desenvolve no ventre da mulher, mas que ainda não se individualizou: o nascituro? A figura jurídica da prole eventual por tratar-se daquele ser que ainda não foi concebido, mas que poderá vir a suceder por expressa disposição testamentária, consoante inciso I do artigo 1799 do CC, recebe a proteção dos direitos da personalidade? O embrião pré-implantado é titular dos direitos da personalidade na medida em que se qualifica como uma vida potencial com possibilidade de desenvolvimento? Ademais, as pessoas jurídicas seriam titulares de direitos da personalidade? Dos mesmos direitos que visam proteger os atributos essenciais da pessoa enquanto ser humano, levando em conta o Artigo 52 do CC determina a aplicação destes direitos, no que couberem, às pessoas jurídicas? E, derradeiramente, indaga-se se os titulares dos

direitos da personalidade são as pessoas ou os seres humanos, e, portanto, o que se deve considerar por pessoa ou ser humano juridicamente?

Em busca de tais respostas, registra-se que, no plano dogmático, o significado de pessoa não é unívoco no Direito brasileiro, e, por isso, precisa ser descontextualizado de sua acepção vulgar (AMARAL, 2003).

Como já mencionado, ser pessoa para o Direito significa também ter personalidade jurídica. A personalidade jurídica é dicotomizada pelo Direito em personalidade jurídica singular e coletiva. A personalidade jurídica singular é aquela própria das pessoas humanas, ao passo que a personalidade jurídica coletiva é aquela própria aos grupos ou de outros entes que o direito trata, ou seja, as pessoas jurídicas como centro de imputação subjetiva de situações jurídicas à imagem e semelhança das pessoas humanas (VASCONCELOS, 2006).

Em que pese à pessoa jurídica se enquadrar na categoria jurídica formal de pessoa, e, por isso, também seja titular de personalidade jurídica, consoante prevê o Artigo 1º do Código Civil de 2002, ela não pode ser considerada como titular de direitos da personalidade, em que pese, eventualmente, possa por tais direitos ser protegida juridicamente. A personalidade jurídica singular (da pessoa natural) tem natureza supralegal, ao passo que a personalidade coletiva (pessoa jurídica) tem natureza legal, ou seja, é criação cultural que o Direito acolhe. Por isso, que o Direito e a Lei não possuem o poder de conceder ou recusar a dignidade e a personalidade às pessoas humanas, ambas as qualidades lhe são atributos inatos. Ao revés disso, em relação às pessoas jurídicas, pode o Direito e a lei criá-las ou recusá-las, visto serem o Direito e a lei que a constituem e a excluem (VASCONCELOS, 2006).

Ademais, o capítulo atinente aos direitos da personalidade se encontra inserido no Título I, denominado "Das pessoas naturais", ao passo que as pessoas jurídicas estão disciplinadas no Título II do Livro I do Código. No entanto, o Artigo 52 do CC o qual dispõe que: "*aplicam-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade*" merece leitura atenta. Por certo que se considere perigoso o dispositivo e passível de confusões, impõe trazer a lume que ele não dispõe com clareza se as pessoas jurídicas realmente são titulares de direitos da personalidade. Nessa perspectiva, o fato de as pessoas jurídicas serem protegidas pelo direito objetivo, naquilo que couber, em relação a esses direitos, não

implica que estes entes sejam, abstratamente, titulares destes direitos da personalidade (SCHREIBER, 2013).

Verifica-se, assim, à admissão da extensão da técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica, sem, contudo, lhe serem reconhecidos os direitos subjetivos da personalidade, pois, estes são ontologicamente atributos inseparáveis da pessoa humana (BARRETO, 2005).

As Jornadas de Direito Civil pretenderam por termo a esta controvérsia. O enunciado 286, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, em vigor dispõe que "*Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos*". Nada obstante, em que as pessoas jurídicas possam ser reparadas civilmente quando tiverem violadas a sua honra objetiva, por ato alheio, o que lhe ensejará possível indenização a título de danos morais²³ isso não as imputa a titularidade dos direitos da personalidade.

No artigo subsequente - segundo da codificação - está disposto que: "*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*". Anota-se que a base legal, por expressa disposição textual, não comporta a inclusão da prole eventual como detentora de personalidade jurídica, muito menos de direitos da personalidade, pois, a sua proteção jurídica não é a mesma conferida ao nascituro, o qual se caracteriza como a pessoa por nascer que já se encontra concebida no ventre materno. A prole eventual é a prole futura de determinada(s) pessoa(s), que poderá ou não ser concebida, e, por isso, não podem ser confundidas nem equiparadas às duas situações (TEIXEIRA DE FREITAS, 1886).

Por ora, não restam mais dúvidas de que as pessoas jurídicas, prole eventual não possuem direitos da personalidade. Todavia, em relação aos eventuais direitos da personalidade dos Embriões crioconservados *in vitro*, não se pode concluir com clareza se ele dispõe ou não dessa titularidade. Utilizar-se-á o cotejo das reflexões que orbitam em torno do nascituro como forma de desenvolver melhor o regime jurídico da categoria de embriões apresentada. A codificação de 2002 ao disciplinar o nascituro não distingue quanto ao "*locus*" no qual se realize a

²³ Sobre o assunto vide Súmula 227 do STJ que enuncia que: "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

concepção. Atento a isso, o Enunciado 2º do CJF, ao esclarecer o entendimento predominante da doutrina sobre esse assunto fixou que "*sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o artigo 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de estatuto próprio*".

Frente a tal silêncio normativo por parte do legislador, dúvidas advieram em relação se seria possível equiparar essas realidades para fins de conferir aos Embriões criopreservados *in vitro* tratamento jurídico semelhante ao do nascituro, cuja lei lhe protege direitos. Essa discussão ganhou fôlego diante dos progressos das ciências, especialmente, da engenharia genética e da utilização das células-troncos embrionárias para fins de pesquisa científica. Entretanto, por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 3.510-Distrito Federal) atacou-se a constitucionalidade do Artigo 5º Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, a denominada Lei de Biossegurança que previa a possibilidade da utilização de embriões para fins de pesquisas científicas.

O julgamento da matéria deu-se sob a relatoria sensível do Ministro Carlos Ayres Britto, que considerou em seu acórdão, dentre outros aspectos, que o embrião pré-implante é um bem protegido pelo Direito, mas não uma pessoa protegida pela ordem jurídica, em seu sentido mais próprio e biográfico, o qual o é o indivíduo-pessoa, e o qual, segundo Carlos Ayres Britto, é o verdadeiro objeto de proteção do texto constitucional²⁴.

²⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-Distrito Federal [...] III. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTE. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("*in vitro*" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser

A partir disso, percebe-se o embrião criopreservado é um ser protegido pelo Direito, sem, no entanto, ser detentor de personalidade jurídica, ou seja, não é titular de direitos e deveres e, igualmente, não dispõe de direitos da personalidade, por não desfrutar da condição de pessoa ou mesmo de ser humano. Acolhe-se, nesse *leading case*, o entendimento segundo o qual o Embrião *in vitro* à luz do direito brasileiro vigente, não é, portanto, protegido pelos dos direitos da personalidade. Todavia, registre-se que a temática do descarte e autorização do uso desses embriões para pesquisas científicas liga-se ao direito da personalidade dos detentores dos materiais genéticos utilizados nesta fecundação artificial.²⁵

O penúltimo pressuposto a ser analisado é atinente a se saber se o nascituro é titular de direitos da personalidade e por isso sua proteção seria a mesma conferida à pessoa natural. Vê-se, no artigo 2º do Código Civil, que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida. Em sentido contrário, a norma nega-lhe a personalidade jurídica, porém garante-lhe proteção para os direitos de que possa ser titular. A partir disso, estabelece-se problema que reside basicamente em definir se o nascituro tem personalidade jurídica ou não. Tendo personalidade jurídica será qualificado como pessoa, e sendo pessoa humana terá como consectário, direitos da personalidade. E assim, responder-se-á se a personalidade humana se inicia com a concepção ou com o nascimento com vida (AMARAL, 2003).

Quanto ao reconhecimento da existência de personalidade jurídica do nascituro impende a realização de algumas anotações. Destaca-se, assim, que a matriz jurídica adotada no Brasil quanto a natureza jurídica do nascituro filia-se a

humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição[...]

²⁵ "O problema do destino dos embriões excedentários ilustra com clareza tal questão. A destruição dos embriões não utilizados na procriação assistida não implica riscos para o casal, tampouco importa intervenção na esfera corporal de qualquer um deles. Não obstante, entende-se ser necessária autorização do casal tanto para o descarte quanto para a utilização em pesquisas científicas, nos casos em que isso é permitido. A destinação dos embriões, embora não constitua uma intervenção na esfera corporal, é assunto atinente a aspectos personalíssimos e, portanto, inserida na esfera de intimidade do casal. A decisão, dessa forma, quanto aos embriões não pode ser tomada pelo médico ou pela clínica em detrimento da vontade do casal, sob pena de atentar contra a inviolabilidade pessoal, em sentido amplo. (CORRÊIA, 2010, p. 157).

tradição jurídica da "família de direito romano-germânica"²⁶, também, denominada de *civil law*. O seu principal aspecto quanto ao tema - cujas bases decorrem da tradição romanística - é o reconhecimento da paridade e igualdade de direitos, existentes, entre o nascituro e a pessoa já nascida²⁷ (CHINELATO E ABREU, 2010).

A partir da instauração desse dissenso - que se encontra presente desde a codificação de 1916 permanecendo ainda aceso após a vigência do Código Civil de 2002 - buscou-se, no direito brasileiro, esclarecer em qual momento inicia-se a personalidade jurídica da pessoa. Por sua vez, esse dissenso deu ensejo ao advento de três teorias distintas sobre o tema da personalidade jurídica do nascituro (CHINELATO E ABREU, 2010).

As três teorias informadas são denominadas a saber, *natalista, da personalidade condicional, concepcionista*. A primeira entende que a personalidade civil somente se inicia com vida, inexistindo assim, direitos conferidos ao nascituro antes de seu nascimento. A segunda entende que o nascituro já possui direitos da personalidade desde a sua concepção, mas que se encontram condicionado ao nascimento com vida. Já a terceira teoria que tem prevalecido na doutrina brasileira, ou seja, a teoria concepcionista, entende que o nascituro já é titular desde a concepção de personalidade jurídica, e, por isso dispõe de direitos da personalidade, restando apenas condicionado o exercício de seus direitos patrimoniais após o nascimento com vida. Em outras palavras desfruta o nascituro da proteção dos atributos essenciais da condição humana (ROSENVALD, 2013).

O Código Civil não atribui expressa e nitidamente ao nascituro a personalidade jurídica, todavia, considerando certo número de direitos que lhe são assegurados como o de nascer vivo, reclamar alimentos dos genitores, à assistência pré-natal bem como a sucessão, o de ser indenizado civilmente a título de danos

²⁶ Segundo René David "a família de direito romano-germânico agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral [...] A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído na família romano-germânica, à lei; os diversos os diversos países pertencentes a esta família dotaram de "códigos" [...]. (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

²⁷ Desse modo, a jurista Silmara Juny A. Chinelato e Almeida, em profunda pesquisa sobre o tema, destaca a importância do estudo do jurista e romanista italiano Pierangelo Catalano no tocante a natureza jurídica do nascituro, o qual assevera categoricamente que: "*Segundo os Digesta de Justiniano, a paridade do nascituro e do nascido é um princípio de caráter geral, salvo as exceções de algumas 'partes' do ius. O princípio geral é claramente afirmado no Livro I, tit. V (De statu hominum)*" (ALMEIDA, 2010)

morais²⁸, torna insustentável a não adoção do critério concepcionista no Brasil²⁹. Desse modo é possível afirmar com segurança que o nascituro é titular de direitos da personalidade.

Além disso, a proteção que o Código Civil confere ao nascituro é estendida ao natimorto no repeita aos seus direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura, consoante reconhece o Enunciado 1^a do CJF. Desse modo, podemos utilizar o seguinte conceito para informar que são os titulares dos direitos da personalidade, a saber, "*todo ser humano é pessoa pelo fato de nascer ou até de ser concebido. Pessoa é o ser humano como sujeito de direito*" (AMARAL, 2003, p. 218).

Definidos os objetos que foram delimitados nesta secção, passa-se a analisar o direito geral de personalidade e os direitos especiais de personalidade como estruturas integradas de máxima proteção da personalidade no direito brasileiro.

2.3 A sistemática da positivação dos direitos de personalidade no ordenamento jurídico brasileiro: direito geral e direitos típicos da personalidade

Após a segunda metade do século XX, a proteção da pessoa humana e de sua dignidade, como foi visto anteriormente, afirmou-se como fundamento Jurídico-

²⁸ Nesse sentido, vide a decisão Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 931.556 - RS, julgado em 17 de junho de 2008, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, cuja lide versou sobre o reconhecimento do nascituro ser indenizado a título de danos morais tendo em vista o óbito de sua genitora em acidente de trabalho e em face disso, muito mais que os outros irmãos vivos, o nascituro fora privado do carinho bem como de qualquer lembrança ou contato, ainda que remoto, de quem lhe proporcionou a vida.

²⁹ A discussão atinente a temática da titularidade de personalidade jurídica do nascituro situa-se em um horizonte de compreensão dividido entre as correntes denominadas natalista e concepcionista. Os primeiros defendem a tese de ao nascituro não deve ser reconhecida personalidade jurídica, embora lhe seja permitido o exercício de atos destinados à conservação de direitos, consoante disposto no art. 130 do CC/02, na condição de titular de direito eventual, por se encontrar pendente condição suspensiva (nascimento com vida). Os conceptionistas, a seu turno, criticam a interpretação literal com que os partidários da perspectiva natalista enxergam a questão, sustentando que com a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozóide) surge uma vida distinta, que por ser independente organicamente de sua mãe biológica, merece proteção

Constitucional do Estado Democrático de Direito da maioria dos países ocidentais, produzindo como reflexos imediatos à inflexível necessidade da afirmação dogmática de uma categoria de direitos subjetivos capazes de proteger os atributos essenciais da condição humana contra violações de toda ordem, especialmente, nas relações estabelecidas entre os particulares. A esses direitos que inauguram no direito contemporâneo à categoria do "ser", denominou-se de direitos da personalidade. Antes da afirmação de direitos da personalidade singulares, como o direito ao nome e a honra, etc. severas críticas foram endereçadas por grandes juristas como Savigny em relação à formulação destes direitos, posto que fosse incompreensível, a possibilidade da pessoa manifestar-se dentro de uma relação jurídica como titular de um direito e ao mesmo tempo como objeto de proteção desta.

No entanto, superando as resistências iniciais, a sua evolução gradativamente permitiu que se constatasse a incapacidade da Lei em tutelar todos os atributos existenciais da pessoa humana passíveis de serem violados por particulares ou pelo Estado. A partir disso, verificou-se o aprofundamento do debate jurídico no tocante a essa categoria de direitos, vindo a ganhar maiores adeptos na comunidade jurídica do século XX o reconhecimento da fundamentalidade de um Direito Geral de Livre Desenvolvimento da Personalidade, isto é, um direito geral de personalidade calcado na afirmação jurídica da dignidade da pessoa humana neste período bem como nos compromissos internacionais assumidos por diversas soberanias para a sua proteção resultantes de tratados e declarações internacionais. Pode-se dizer que de todas as novidades que se conheceu no Século XX, no direito privado, a mais estruturada, efetiva e contundente é a sistematização do chamado "direito geral de personalidade", no contexto amplo do sistema geral de direito privado moderno (NERY, 2015).

Após a positivação de alguns direitos da personalidade no BGB alemão, evidenciou-se a primeira experiência jurídica de um sistema híbrido de proteção da personalidade, passou a coexistir conjuntamente com norma típicas de direitos da personalidade previstos naquele diploma, outro sistema fundamentado na existência de um direito geral de personalidade. O código alemão não previa um direito geral de personalidade, apenas disciplinava direitos específicos como o direito à vida, à integridade física, à liberdade, e ao nome como permanece atualmente. A Lei

Fundamental Alemã de 1949 consagrou a dignidade das pessoas bem como o seu livre desenvolvimento da personalidade como valores constitucionais assegurados pelo Estado alemão (MOTA PINTO, 2000).

Da conjugação destes preceitos constitucionais com os direitos da personalidade que já se encontravam previstos no BGB, possibilitou a este sistema jurídico à construção de um direito dual de proteção da personalidade. Nesse sentido, além de alguns direitos especiais de personalidade que já se encontravam tipificados na lei, passou a existir também um direito de personalidade de natureza geral ancorado nas disposições constantes do texto constitucional. O direito geral de personalidade, naquele período, possuía a função de colmatar as lacunas que já eram percebidas em relação à tutela típica da personalidade, no entanto, qualificava-se como instrumento de prevenção a casos futuros não previstos na lei. Nesse sentido, o direito geral de personalidade surge com a função de proteger a personalidade em relação a novas lesões ou ameaças de agressão que o comportamento humano bem como o uso não racional das conquistas científicas é capaz de produzir (VASCONCELOS, 2006).

No Brasil, atualmente o sistema jurídico estrutura-se de forma semelhante ao modelo dual alemão de tutela da personalidade. Todavia, o percurso realizado por estes sistemas até a concretização de instrumentos avançados de tutela da pessoa humana orientou-se por diferentes direções. Afora as considerações doutrinárias em torno do direito da personalidade no período pré-positivado, foi, somente com a constituição de 1988 que sua positivação veio a ocorrer no direito brasileiro e posteriormente o mesmo se realizara no sistema de direito privado brasileiro com o advento do Código Civil de 2002. Aspecto interessante respeita a afirmação dos direitos da personalidade com a promulgação da Constituição de 1988. Primeiramente, porque o sistema híbrido passa a vigor com a promulgação deste documento. Pois, ao lado dos direitos típicos de personalidade que foram constitucionalizados, consoante se verifica com base na leitura do Artigo 5º da CF, a previsão constitucional situada no Artigo 1º, III da CF que situa a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, representa o fundamento jurídico do direito geral de personalidade (ANDRADE, 2006).

Dessa forma, a categoria de proteção fundamental da pessoa humana no sistema de direito privado, afirmou-se positivamente no Brasil tendo como base jurídica o texto constitucional, passando a conferir nova conformação das regras de direito civil tendo em vista o diálogo das fontes estabelecido entre a constituição e código civil. Os constitucionalistas brasileiros, transcorrido mais de uma década, não haviam ainda demonstrado interesses sistemáticos em relação ao conceito de dignidade e suas implicações no conteúdo e interpretação das normas jurídicas no direito brasileiro de um modo geral, especialmente, a relevância da afirmação dos direitos da personalidade naquele texto junto aos direitos fundamentais. Essa aproximação entre Constituição e Código Civil, ainda ao tempo da vigência do Código de 1916, deu-se primeiramente pelos juristas civilistas, os quais passaram a reconhecer com fundamento no Artigo 1º, III da CF, a existência de um direito geral de personalidade no sistema jurídico brasileiro (BODIN DE MORAES, 2003).

Usualmente para qualificar esse direito geral de personalidade utiliza-se a expressão "cláusula geral da personalidade". É importante referir que o Direito Geral de Personalidade tecnicamente é expressão mais correta do que cláusula geral da personalidade comumente empregada considerando a natureza do objeto em questão. O direito geral possui natureza de direito-fonte ao passo que a cláusula geral é uma técnica legislativa utilizada nos textos jurídicos. O direito geral de personalidade pode colmatar o conteúdo de uma norma atinente ao campo dos direitos da personalidade que contenha no seu interior uma cláusula geral. O direito geral de personalidade é o elemento veiculado ao passo que a cláusula geral é o veículo que transporta esses direitos complementando o conteúdo da norma jurídica em dado caso concreto (VASCONCELOS, 2006).

Consistindo a personalidade um valor e não um direito face sua natureza supralegal, esta se revela como o valor fundamental do ordenamento e se encontra na base de uma estrutura aberta de situações existenciais incessantemente mutáveis através das quais se traduz a sua exigência de tutela (PERLINGIERI, 1999). Tais situações não podem ser vistas apenas pelas vestes fechadas dos direitos subjetivos, na medida em que o que está em questão é a unidade do valor envolvido. Nessa senda, não existe um valor fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. (PERLINGIERI, 2008). A elasticidade torna-se

instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações, por isso nenhuma previsão especial pode ser exaustiva (PERLINGIERI, 1999).

Temática ainda pouco aprofundada no Brasil diz respeito aos critérios para à aplicação do direito geral de personalidade. A doutrina portuguesa consubstancia-se a partir dos critérios desenvolvidos no direito alemão. O primeiro movimento a ser realizado para se determinar se é cabível a sua aplicação deve analisar, preliminarmente, se uma determinada lesão à pessoa ocorrida já se encontra tutelada em um direito especial de personalidade. Verificando-se que a lesão suportada não possua correspondência nos suportes fáticos existentes dos direitos da personalidade típicos, deverá, somente, decorrido este procedimento lógico, ser invocado o direito geral de personalidade com instrumento de tutela adequado a conferir proteção jurídica a situação concreta a ser tutelada. Neste processo hermenêutico de aplicação do direito geral de personalidade vão gradativamente se separando novos direitos especiais, logo que estes vão tornando reiterados na apreciação do sistema jurídico (VASCONCELOS, 2006).

Por derradeiro, o direito geral de personalidade pode ser conceituado como:

o direito que cada pessoa é titular em virtude de sua dignidade humana, individualidade concreta e seu poder de autodeterminação "ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões de sua personalidade humana, bem como da unidade psíquico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana" (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 93).

Algumas importantes considerações aos direitos da personalidade especiais tornam-se importantes para a sua compreensão na estrutura dogmática do direito brasileiro. O direito de personalidade manifestado através do direito geral ou dos direitos especiais de personalidade não perde a sua unidade em face desta sistematização. Esta unidade não é contrariada nem antagonizada pela tipificação, em várias leis, ou pelo reconhecimento de uma pluralidade de direitos da personalidade. Trata-se de uma constelação de tipos ideais e axiológicos, que nasceram de tipos reais de frequência, de experiências reiteradas de agressões da personalidade que pela gravidade que assumiram e assumem e pela sistemática repetição, foram ganhando autonomia de regime. Os tipos de direitos da personalidade que estão consagrados na lei, que vão sendo estabelecidos na

prática, de onde a lei os vai recolhendo e estruturando, são as cicatrizes deixadas pelas feridas que são repetidamente, infligidas à dignidade das pessoas, correspondem a uma memória do sistema (VASCONCELOS, 2006).

O Direito de Personalidade vai-se infelizmente habituando à reiteração de certas ofensas a personalidade, e, sem se conformar com elas, vai construindo regimes específicos (típicos) de defesa e reação contra elas. O tempo à persistência da maldade humana, a evolução e o acréscimo das possibilidades humanas de ação, boa e má vai possibilitando novas e mais graves agressões à dignidade humana que reclamam e vão obtendo respostas adequadas (VASCONCELOS, 2006).

Deve precisar-se que a tipificação não é exaustiva, mas antes simplesmente exemplificativa. Os tipos de direitos da personalidade previstos na lei e enunciados pela doutrina são tipos representativos. Nada obstante os tipos enunciados, outros podem surgir e que nada mais serão do que casos especialmente exemplares e elucidativos que servem para exprimir modelos de comportamento paradigmáticos de tutela da personalidade a fim de lhe conferir maior eficácia. Dentro da perspectiva exposta, os direitos da personalidade podem ser tipificados, como paradigmas mais importantes da tutela da personalidade e como concretizações mais relevantes do princípio do respeito pela personalidade através do direito personalíssimo à vida, à integridade física e psíquica, à inviolabilidade moral, à honra e à privacidade (MOTA PINTO, 2000).

Os direitos especiais de personalidade acima mencionados não são direitos subjetivos autônomos, são poderes que integram o direito subjetivo de personalidade. O direito da personalidade, como direito subjetivo que tem como finalidade a defesa da dignidade humana de cada uma das pessoas singulares, integra no seu conteúdo um número, em princípio não limitados de poderes, que constituem a sua estrutura. Estes poderes são aqueles que forem necessários, ou mesmo apenas convenientes, ou simplesmente úteis, para que o fim direto da personalidade seja realizado com êxito. Todos esses poderes se agregam num conjunto coerente, unificado pelo fim comum de defesa da dignidade do seu titular.

Os direitos da personalidade especiais, isto é, típicos que se encontram previstos no Código Civil de 2002 e que encontram correspondência na CF de 88, são eles, conforme já mencionado, os direitos à integridade psicofísica, ao nome, ao

pseudônimo, à imagem e à privacidade. Encontram-se dispostos, como mencionado anteriormente, nos artigos 11 ao 21 do Código Civil. Os artigos 11 e 12 do aludem a natureza e as espécies de tutela dos direitos da personalidade, como a reparação civil e tutela inibitória do dano, Os demais artigos tratam propriamente dos direitos da personalidade ou poderes da personalidade em espécie.

Os direitos da personalidade possuem como característica fundamental a de serem intransmissíveis e irrenunciáveis. Para Pontes de Miranda (1983, p. 7) os direitos da personalidade são intransmissíveis ou porque nascem com a pessoa ou porque estas adquirem posteriormente ao nascimento são igualmente intransmissíveis. Assevera o autor que toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra, se a transmissão se puder dar, estar-se-á diante de outro tipo de direito e não de um direito da personalidade, impassível, portanto, os direitos de personalidade de qualquer sub-rogação pessoal (MIRANDA, 1983).

Ademais, os direitos da personalidade são irrenunciáveis, tais como aqueles direitos que incumbem deveres a seus titulares como no caso do direito de família. A razão para a irrenunciabilidade é a mesma da intransmissibilidade, qual seja, de ter vinculação íntima com a personalidade e se eficácia irradiada por esta (MIRANDA, 1983).

Nessa esteira, na medida em que os direitos da personalidade são tendentes a assegurar a integral proteção da pessoa humana, considerada em seus múltiplos aspectos (corpo, alma e intelecto) correspondem à projeção da tutela jurídica em todas as searas em que atua o homem. Por isso, classificam-se em aspecto da personalidade que são fundamentalmente, a integridade física (direito à vida, direito ao corpo, direito à saúde direito ao cadáver), a integridade intelectual (direito à autoria científica, à liberdade religiosa e de expressão, dentre outras manifestações do intelecto), e a integridade moral ou psíquica (direito a privacidade, ao nome, à imagem).

O direito ao nome e a identidade pessoal é um direito da personalidade porque se orienta à tutela da dignidade humana, através da defesa daquilo que garante a infungibilidade, a invisibilidade e irrepetibilidade de cada uma das pessoas humanas. Toda pessoa tem o direito à sua individuação, como pessoa única com uma dignidade própria (ROSENVALD, 2012). Atualmente esse direito inclui também a identidade genética e o patrimônio genético diante dos riscos de sua manipulação

(OTERO, 1999).

O direito ao nome encontra-se regulado nos Artigos 16 ao 19 do CC/2002. O Artigo 16 dispõe que "*toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*". Compreendendo-se aqui o prenome e o sobrenome - apelido familiar ou patronímico - que se caracteriza por indicar a origem familiar, pelo que não pode ser livremente escolhido, sendo adquirido por nascimento e transmissível por sucessão. Já o artigo 17 dispõe que "*o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória*". O Artigo 18 aduz que: "*sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial*". Por derradeiro, na disciplina do direito ao nome o Artigo 19, alude que: "*o pseudônimo adotado para atividade lícitas goza de proteção que se dá ao nome*".

A dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecida um espaço de privacidade em que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros, sejam este quem forem. Tutela-se no critério vida privada a vida doméstica, familiar, sexual e afetiva das pessoas. O direito à privacidade é referido no art. 21 do CC/2002 dispondo que "*a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a essa norma*".

A primeira constatação que se faz a respeito dele é que se considera como inviolável apenas a privacidade da pessoa humana (ou natural). Além disso, o tema tem suscitado discussões em virtude do potencial de ofensas à personalidade ter crescido abruptamente com o advento de novas tecnologias, bem como em decorrência da dificuldade que os instrumentos tradicionais do ordenamento demonstram ter em realizar tal tutela (SCHREIBER, 2013).

O direito à integridade psicofísica³⁰ garante aos indivíduos a proteção aos

³⁰ Nessa seara temas de grande complexidade são constantemente trazidos a reflexão jurídica através dos estudos bioéticos. Dentre estes, situam-se, exemplificativamente, a temática dos transplantes, integridade física e gestação em útero alheio, reprodução assistida, cirurgias plásticas, esterilização humana, pesquisas e experiência científicas com pessoas humanas, a autonomia do paciente e muitos outros temas que se inserem na pauta recorrente do direito da biomedicina. O dispositivo confirma a noção da intangibilidade da integridade físico-corporal, daí a regra da proibição da disposição do próprio corpo quando gerar diminuição permanente do direito da personalidade ou contrariar os bons costumes. A primeira exceção legal é aquela decorrente de exigência médica, como por exemplo, a necessidade de amputação de um pedaço do membro inferior em virtude de gangrena, autorizando a disposição do próprio corpo pela pessoa. As partes regeneráveis do corpo –

direitos personalíssimos, instituindo, hoje, “o que se poderia entender como um amplíssimo ‘direito à saúde’, compreendido este como completo bem-estar psicofísico e social” (BODIN DE MORAES, 2008).

Nesse sentido o a proteção da integridade psicofísica da pessoa tem como objetivo a proteção de sua autonomia existencial:

O direito protege a integridade física das pessoas como forma de proteção de sua autonomia privada existencial. A autonomia do sujeito no que concerne a sua dimensão corporal e a sua saúde requer um tratamento distinto tendo em vista a complexidade e a especificidade das questões envolvidas. O mesmo vale para outros direitos da personalidade vinculados aos cuidados com a saúde e à dimensão física do sujeito, constitucionalizados como direitos fundamentais. O princípio da intangibilidade da pessoa está implicitamente consagrado na Constituição brasileira, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade individual. A inviolabilidade das pessoas lhe garante o poder de autodeterminação em relação ao seu corpo e a sua saúde (CORRÊA, 2010, p. 77-78).

Esse direito autonomia privada existencial expressa-se primariamente através do direito a vida. Desse modo, o direito a vida é inato, e, por isso, quem nasce com vida tem direito a ela e fundamenta-se pela sua natureza supraestatal (MIRANDA, 1983). Ele é o mais importante dos direitos da personalidade na medida em que a vida humana é inviolável, consoante Artigo 5º da CF bem como na proibição da pena de morte em tempos de paz, conforme Artigo 5º XLVII, "a" da CF. É a partir do direito a vida que temas como aborto, eutanásia, prolongamento artificial da vida por meio de suportes artificiais, são discutidos no cenário jurídico.

O direito à integridade física e psíquica constitui um paradigma de defesa da personalidade contra ameaças e agressões que se traduzem em lesões da integridade física e psíquica das pessoas. Não existe uma fronteira nítida entre estas duas esferas de proteção da integridade. As integridades físicas e psíquicas são postas em causa sempre que algo existe que as põe em perigo ou as ofende. Uma simples agressão física- ofensa corporal - constitui lesão da personalidade. São de uma vastíssima amplitude e abrangem a saúde em geral, que a saúde física quer a psíquica sempre que a saúde de uma pessoa esteja ameaçada ou agredida (SCHREIBER, 2013).

cabelos, unhas, pele, sangue, por exemplo – não se encaixam na proibição já que não acarretam diminuição permanente da integridade física, tampouco a colocação de brincos ou *piercings* na pele ou língua (SCHREIBER, 2013).

No Código Civil, os Artigos 13 a 15, versam sobre o direito à integridade psicofísica. Estão, portanto, superadas as concepções que dissociam o corpo humano do espírito, já que constituem aspectos da própria condição humana. O Artigo 13 dispõe que: Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único, O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

A exceção a que se refere o parágrafo único do supracitado artigo consiste nos casos de doação de órgãos dúplices, tecidos ou partes do corpo, na forma do art. 9.º da Lei 9.434/1997. Contudo, merece registro que o legislador não avançou como poderia tê-lo feito. Se por um lado tem-se uma discriminação permanente da integridade física, por outro se busca a adequação da pessoa a uma situação existencial mais consentânea com o ótimo desenvolvimento de sua personalidade fomentando assim a solidariedade e justiça social.

O art. 14 do CC/2002, ao seu turno, prevê a possibilidade de disposição gratuita do próprio corpo após a morte. Há, ainda, limites impostos a tal disposição, que só pode atender a finalidades científicas ou altruístas, jamais voltadas a exploração econômica. Deve-se salientar que, no que concerne à doação de órgãos após a morte para fins de transplante, esta se encontra regulada pela Lei 10.211/2001, que modificou o disposto na Lei 9.434/97 neste ponto. Antes vigorava o consentimento presumido na ausência de documento que expressasse a opção em não ser doador.

O tema tratado no art. 15 do CC/2002 versa sobre a possibilidade de recusa ao tratamento médico e não necessariamente precise implicar em risco de vida ao paciente. O consentimento exigido por lei é aquele manifestado livre e conscientemente, sem qualquer vício, após a obtenção das informações claras, objetivas e transparentes acerca do estado de saúde da pessoa e do tratamento ou cirurgia que poderá se submeter, em síntese, o consentimento informado. Pois bem, a verdade é que o direito ao consentimento informado existe antes de ser esboçada qualquer relação contratual, pois se funda em um direito inato de personalidade e não depende, na sua afirmação básica, da estrutura contratual em que se pratique o ato médico (OLIVEIRA, 2005).

Cumpra agora indagar sobre quais sejam tais direitos da personalidade

acautelados pelo direito ao consentimento informado, significa perguntar pelos bens jurídicos que se encontram em causa. Os direitos da personalidade em questão nos problemas relativos ao consentimento informado são o direito à liberdade e autodeterminação e o direito à integridade física e psíquica.

Com efeito, no âmbito do direito civil, ao não cumprir o seu dever contratual ou não se obter o devido consentimento informado do paciente o médico lesa não apenas o bem jurídico: liberdade, mas ainda - e necessariamente - o bem jurídico integridade física e moral (e, eventualmente, o próprio bem jurídico vida), pois que a partir do momento em que o ato médico não é consentido, passa ele a ser ilícito porque assente em uma invalidade.

Desse modo, em que pese o consentimento informado não seja tipificado como um direito da personalidade é possível concebê-lo enquanto um direito da personalidade considerando a estrutura e função do direito geral de personalidade. A especialidade dos direitos e importância dos direitos da personalidade é decorrente da natureza substancial e ontológica da pessoa. A existência do direito geral de personalidade torna os direitos da personalidade em sua unidade em direitos atípicos. Em relação aos direitos da personalidade temos uma circunstância peculiar. Os direitos da personalidade são absolutos e por isso vigoram *erga omnes*, *em regra* direitos absolutos são *numerus clausus*, para que não aconteça que terceiros sejam surpreendidos ao verificarem estar vinculados por direitos que desconheciam. Não obstante, os direitos de personalidade sendo absolutos, são atípicos, e com isso se está diante de uma das mais justificáveis exceções no que tange as regras jurídicas de um ordenamento jurídico (ASCENSÃO, 2006, p. 56)

3 AUTONOMIA E VULNERABILIDADE NAS RELAÇÕES ENTRE MÉDICOS E PACIENTES: O PAPEL DO CONSENTIMENTO INFORMADO

A solidariedade tem que ser construída em nossos corpos, em nossos comportamentos, em nossas convicções.

Paulo Freire³¹

³¹ FREIRE, Paulo. Pedagogia da solidariedade. Rio de Janeiro - São Paulo: Paz & Terra, 2014.

Nos capítulos anteriores desenvolveu-se a análise da pessoa em sua concretude permitindo perceber o seu atual significado para o direito brasileiro. As profundas agressões à dignidade das pessoas impuseram a necessidade do ordenamento jurídico fornecer uma resposta concreta capaz de criar mecanismos para protegê-la em sua existencialidade.

Nesse sentido, o direito geral e os direitos típicos de personalidade a tal desiderato prestaram-se, passando a configurar instrumentos de proteção fundamental da pessoa humana no sistema de direito privado. Constatou-se que as categorias, especialmente, aquelas como a da relação jurídica e a do direito subjetivo foram pensadas historicamente para tutelar as relações patrimoniais intersubjetivas e não situações jurídicas existenciais.

Nessa perspectiva a afirmação da personalidade como bem tutelado pelo direito, impõe a revisitação e repersonalização dos institutos jurídicos do sistema de direito privado. Nesse sentido, o presente capítulo objetiva a análise das relações estabelecidas entre médico-paciente sob o prisma dos direitos da personalidade, quais sejam o direito a vida, a autodeterminação, a integridade psicofísica e se esse rol de direitos é protegido bem como assegurado nessas relações médicas.

Desse modo, a garantia desses direitos deve ser assegurada, inicialmente, por intermédio do consentimento informado do paciente que deve ser obtido de forma livre como consectários do cumprimento do dever médico de esclarecer o paciente sob todas as circunstâncias e informações relevantes sobre o seu estado de saúde bem como da terapia adequada a ser empregado pelo ato médico a que potencialmente se submeterá.

Portanto, é diante desse cenário de vulnerabilidade técnica dos pacientes comumente evidenciados nas relações médicas que o papel do médico na garantia e proteção dos direitos dos pacientes possui relevo acentuado, especialmente, no que respeita a manifestação de atos de vontade que resguardem a sua autonomia privada existencial do paciente de modo a ao consentimento informado seja um reflexo fiel das condições reais de esclarecimento do paciente.

Assim sendo, a perspectiva crítica que ora será desenvolvida ao contrário de endossar o discurso que ganha voga na contemporaneidade atinente a responsabilidade civil dos médicos pela violação ao dever de informar os seus

pacientes, pretende-se compreender como se desenvolvem essas relações e o grau de colaboração que entre médicos e pacientes é necessário ao satisfatório aperfeiçoamento dessa relação jurídica que no seu âmago objetiva a conformação do sistema de direito privado como os valores constitucionais de tutela e promoção da pessoa humana.

3.1 Lineamento bioético e jurídico na relação entre médico e paciente

A relação clínica entre médico e paciente derivada da prestação de cuidados de saúde possui como característica - desde os tempos mais remotos - a assimetria entre estes dois polos, bem como o caráter autorregulador da medicina no tocante as práticas médicas. Esse binômio implica, ainda na contemporaneidade, a necessidade de superação de uma visão de mundo individualista que dá ensejo a tais práticas, a fim de coaduná-las com o valor jurídico da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade dos pacientes e da normatividade constitucional do Estado Democrático de Direito cuja institucionalização é afirmada no Brasil pela CRFB/1988.

Importa destacar, nesse momento, que a função do médico, por muitos séculos, esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios dos Deuses a saúde e a morte, contexto em que não se cogitava eventual responsabilização destes em seu agir profissional (AGUIAR JR, 1997, p.122).

A partir de Hipócrates, iniciou-se um distanciamento entre as figuras do médico e do sacerdote, assim como uma aproximação – que ocorreu de modo muito lento e gradativo – ao método científico. Já na época Hipocrática, havia uma tradição de autorregulamentação, que podia ser enunciada na fórmula primária do *primum non nocere*, que, em tradução livre, exprime a ideia de que, sobretudo, o médico não pode prejudicar o paciente. O célebre Juramento de Hipócrates - que constitui significativamente mais do que mera promessa de comportamento moral, caracterizando verdadeiro código de ética médica -, embora não dispusesse de força coercitiva, teve fundamental importância para a construção de um sólido alicerce ético da relação médico-paciente. A partir de então, tem-se início, na história da medicina, o princípio da beneficência.

Este princípio tem *como objetivo o bem do paciente, seu bem-estar e interesse de acordo com os critérios do bem fornecidos pela medicina ou por outras áreas da saúde onde as pessoas estão envolvidas estão inseridas* (CLOTET e FEIJÓ, 2011 p. 18-19), o qual se liga diretamente ao agir do médico. Desse modo, todas as responsabilidades do médico derivam-se da premissa do ser beneficente deste (CASCAIS, 2012).

Com base nisso, tem se justificado o paternalismo³² forte ou fraco que rege a relação entre médico e paciente, o qual reduz o segundo a um estatuto de menoridade infantil tutelada pelo clínico e eventualmente no, máximo, prevê auscultação da opinião do paciente, já não mais considerado uma criança, mas antes, como um adolescente. A relação carismática entre o médico e o doente prevalece na tradição médica até os nossos dias (CASCAIS, 2012). Registre-se, ainda que durante a idade média as práticas médicas estiveram sob a tutela dos monges, os quais habituados a relações organizadas e hierárquicas aprofundaram a dimensão paternalista, cuja principal característica era a de negar a autonomia e liberdade do paciente em relação à validação dos atos médicos por meio da sua colaboração e do seu consentimento (OLIVEIRA, 2005).

A secularização da medicina foi promovida principalmente por sua transformação em ciência, tal como é compreendida modernamente. O distanciamento gradativo das práticas médicas do conceito de sagrado, isto é, da assunção de um caráter profano, viabilizou a aceitação da responsabilização do médico por culpa, em consequência da realização de prática médica inadequada ou questionável eticamente. Também é digno de nota o fato de que essas transformações conceituais e culturais permitiram uma evolução da tutela jurídica aplicável a essas relações, à medida que se passou a reconhecer um direito

³²A relação médico-paciente como asseverado é marcada pela existência de um paternalismo por parte do médico, o que se assemelha a relação entre pais e filhos na medida em que o pai “sempre” escolhe o melhor para o seu filho. Nesse sentido, conforme Blackburn, Simon in: Dicionário Oxford de Filosofia. Trad. Desidério Murcho...et al. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 291. *"paternalismo governar como um pai bem-intencionado. O aspecto criticável é o fato de tradicionalmente o pai ter o direito e, na verdade, o dever, de indeferir as preferências dos filhos em nome dos interesses reais ou verdadeiros destes que podem não ter maturidade suficiente para avaliá-los. (O paternalismo, nesse sentido, não é específico do gênero masculino; poderia dizer-se igualmente maternidade, uma vez que às mães cabem direitos e deveres semelhantes.) Certas formas paternalistas de proteção (doações, caridade, providenciar comodidades e instituições de apoio) muitas vezes tiveram a função de esconder relações de dominação entre os capitalistas e seus trabalhadores, por exemplo, ou entre maridos e mulheres, ou entre colonialistas e povos colonizados".*

subjetivo de indenização ao paciente lesado em sua integridade física atribuindo-se judicialmente a responsabilidade individual do médico (CORRÊA, 2010, p. 129).

Hodiernamente, constata-se uma alteração bastante significativa no bojo das relações médicas, notadamente, em face da massificação das relações sociais, pela qual médico e paciente passaram a se distanciar. A própria denominação dos sujeitos da relação passa a ser alterada, e uma nova nomenclatura a reveste: a de usuário e prestador de serviços, tendo em vista a expansão de uma sociedade de consumo cada vez mais consciente de seus direitos (sejam eles reais ou não) e mais exigente em matéria dos resultados decorrentes da prestação de serviços dessa índole^{33 34}.

Sobre o tema, destaca-se, também, que a conduta médica, tem se caracterizado, ao menos no seu modo mais tradicional de exteriorização, pela preponderância de certo "autoritarismo beneficente" ³⁵ em prol do paciente. Isso ocorre devido à autonomia praticamente absoluta conferida ao profissional da saúde relativamente à decisão sobre a terapia a ser utilizada, e, inclusive ao que diz ao momento de morte do paciente, o que faculta ao médico, inclusive, prolongar artificialmente o processo de morrer de um enfermo em estado terminal mesmo que a terapia seja incapaz de reverter o seu quadro clínico e por isso aumente o sofrimento do doente e de seus familiares. Observam-se, nessa seara, que ganham relevância novos valores que reivindicam afirmação no cenário biomédico, como, e. g., o respeito à autonomia do paciente capaz de estabelecer limites à atuação do médico, na forma de: a) recusa a tratamentos ou intervenções; b) de decisão

³³ O termo sociedade de "sociedade de consumo" tem sido empregado para designar formações sociais características do capitalismo avançado, marcadas por: a) massificação e normatização dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo; b) desenvolvimento de estratégias de marketing extremamente agressivas e sedutoras; c) facilitação e incremento na oferta de crédito; e, d) a adoção de certos padrões de consumo torna-se mecanismo de integração social e de construção da identidade. Acerca dessas questões, cf. BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. Cf, também, FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo**. São Paulo, SP: Studio Nobel, 1995.

³⁴ Ver BAUMMANN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

³⁵ Os motivos invocados para justificar a assimetria em relação ao poder de decisão entre médico e paciente são fundamentalmente três: em primeiro lugar, o conhecimento da medicina e a experiência terapêutica dos profissionais de saúde; em segundo lugar, a suposta falta de racionalidade e objetividade do paciente, o qual por seu estado de enfermidade se supunha incapaz de tomar decisões razoáveis; em terceiro lugar, prevalecia uma certa imagem do médico como um ser desinteressado, altruísta, absolutamente dedicado ao paciente e disposto a fazer todo o possível para beneficiá-lo e da visão do paciente como um ser dependente ao qual somente resta confiar nas decisões de seu médico. Seu bem-estar dependia da autoridade e das decisões tomadas por o profissional da saúde.

conjunta quanto aos rumos de uma terapia; c) necessidade da obtenção do consentimento informado do paciente como critério legitimador do agir médico junto ao paciente. Enfim, objetiva-se a construção de uma relação médico-paciente pautada substancialmente pelo diálogo entre os indivíduos envolvidos (MÖLLER, 2009, p. 45-46).

Nessa perspectiva, se antes o poder de decisão sobre tal ou qual tratamento a ser imputado ao paciente era tão somente do médico, atualmente essa escolha é, no mínimo, compartilhada com o paciente, que poderá optar, dentre uma gama de possibilidades, qual tratamento melhor se adéqua às suas expectativas de cura, considerando seus valores religiosos e socioculturais no exercício de sua autodeterminação ou autonomia privada existencial³⁶ (PEREIRA, 2004).

De outra parte, o aprofundamento do interesse científico no tocante à relação que se estabelece entre médicos e pacientes, principalmente no que concerne aos questionamentos éticos das práticas hauridas no bojo de tal relação, pode ser verificado após Segunda Guerra Mundial, com o julgamento de médicos alemães que foram punidos pelos brutais experimentos realizados em seres humanos, o que culminou com a edição do Código de Nuremberg (BODIN DE MORAIS, 2003).

No julgamento dos médicos envolvidos no Holocausto a atividade médica-científica foi, pela primeira vez, submetida à sanção de uma instância jurídica - política, opondo-se à autorregulamentação corporativa da biomedicina vigente. Um desafio de tal monta que esta não se recuperaria, de forma a constituir a condição remota, mas fundamental, da emergência daquilo que décadas mais tarde viria a ser incorporado ao campo temático da chamada bioética (CASCAIS, 2012).

A bioética, de acordo com o entendimento dominante, tem seu surgimento datado de meados dos anos sessenta nos Estados Unidos. Esse nascedouro dá-se nesse contexto de insegurança quanto aos rumos das tecnologias, especialmente, no que concerne à área da saúde e à aplicação dos novos conhecimentos nos seres humanos. Momento que também corresponde, a uma crise da ética médica tradicional (MÖLLER, 2009, p. 51).

³⁶ Sobre o emprego das expressões "autodeterminação" e "autonomia privada existencial", cf. item 3.3. a ser desenvolvido mais adiante.

A Bioética³⁷ tem seu marco oficial na história da comunidade científica contemporânea a partir da publicação de um artigo denominado “Bioethics” escrito por Van Rensselaer Potter, no ano de 1970 nos Estados Unidos, resultando na publicação do posterior livro “*Bioethics. Bridget to The Future*” no ano de 1971. No mesmo ano, este termo surgiu novamente no mundo das ciências como conseqüência de estudos realizados na Inglaterra pelo holandês André Hellegers (GOLDIM, 2009, p. 56).

Dessa forma, o que se entende hoje pelo termo, Bioética, deve-se pelas bases e contribuições formuladas pelo bioquímico Potter, segundo o qual, a Bioética seria uma “ciência da sobrevivência”, constituindo-se, assim, como uma ponte para o futuro, ou seja, uma forma de integrar as ciências em prol da preservação e manutenção da vida no Planeta Terra. A perspectiva metafórica de uma ponte emergiu pela necessidade de se estabelecer uma relação entre as ciências naturais (física, química, biologia e etc.) com as ciências humanas, como a ética e a filosofia. O ideal da neutralidade e pureza do conhecimento científico que havia ganhado força na revolução científica, durante o período moderno, havia criado, segundo Potter, um grande abismo entre esses saberes (GOLDIM, 2009, p. 56).

As impressões subjetivas e as reflexões morais sobre o objeto científico não possuíam espaço nas ciências naturais para serem concebidos como tal. Estava-se diante em uma perspectiva rígida, ortodoxa, segmentada ao fazer científico. O divórcio em relação à possibilidade de a cognição ser matizada por colorações religiosas, fundamentadas em premissas divinas, no desejo de separar ciência e religião, permitiu que as ciências naturais e sociais se desenvolvessem de maneira independente e sem haver uma comunicação saudável entre ambas (GOLDIM, 2009).

É a partir dessas bases que o bioquímico Potter, um comprometido pesquisador na busca da cura do câncer percebeu a necessidade de uma

³⁷ Antes de adentrar na problemática apresentada pela biomedicina, faz-se necessário esclarecer o horizonte histórico em que a Bioética emergiu enquanto possibilidade de acesso e produção de novos conhecimentos bem como a origem de sua denominação. Começando pelo último aspecto preliminar, verificamos que Recentemente, através da divulgação realizada por Eve Marie Engel, pesquisadora da Universidade de Tübingem na Alemanha, foi possível tomar conhecimento que este termo já havia sido concebido no ano de 1927, na Alemanha, pelo teólogo, Fritz Jahr, em artigo publicado na Revista *Kosmos*, intitulado “*Bioética: uma revisão do relacionamento ético em relação aos animais e plantas*”. Ocasão em que o autor reconheceu a existência de obrigações éticas não somente entre os homens, mas também destes para com os demais seres vivos, como por exemplo, animais e plantas. (GOLDIM, 2009, p. 56).

integração entre os saberes que constituem o conhecimento de um modo geral. Relação que deveria existir sem existências de subordinação entre eles. Dessa maneira, a Bioética não seria a descoberta de uma “coisa nova” sobre vida. Sua natureza seria reunir o já existente para tornar possível outras formas de ver a realidade e, igualmente, de conceber o conhecimento científico.

Nesse sentido a Bioética não teria a natureza de ciência, disciplina ou de uma ética nova visto que o seu papel representaria a realização da intersecção das mais diversas disciplinas e ciências do conhecimento já existentes “sua prática e seu discurso situam-se na intersecção de várias tecnociências (principalmente a medicina e a biologia, com suas múltiplas especializações), das ciências humanas (sociologia, psicologia, ciência política, psicanálise, etc.) e de disciplinas que não são exatamente ciências: em primeiro lugar a Ética e o Direito e, de alguma maneira mais geral, a Filosofia e a Teologia” (HOTTIS apud SCHRAMM, 2011, p. 303).

Essa visão de caráter holístico da Bioética proposto no início da década de 70 por Potter, restou atrofiada por quase duas décadas tendo em vista os modelos que emergiram neste período como representantes da Bioética, especialmente, o norte-americano pautado, sobretudo, nas relações estabelecidas entre médicos e pacientes, isto é, uma perspectiva clínica da Bioética (SCHRAMM, 2011, p. 305).

Atualmente, segundo Potter ela teria atingido o status de uma “Bioética Profunda”, que para ser assim entendida, acolheria a ética, a humildade, a responsabilidade e as competências interdisciplinar e intercultural. Ainda seria necessária a presença da humanidade dentro da Bioética na medida em que as relações precisam ser baseadas pela noção de solidariedade entre os seres. A Bioética Profunda por meio da ética oportunizaria o reconhecimento de modos de agir que seriam cindidos e de um lado encontrar-se-iam condutas eticamente adequados ou eticamente inadequados. A humildade adviria da consciência das incertezas e provisoriedade dos conhecimentos produzidos, especialmente, aqueles de natureza científica, permitindo que os cientistas reconheçam a sua capacidade de errar, o que daria espaço à humildade ao fazer científico (GOLDIM, 2009, p. 56).

A responsabilidade seria conseqüência da consciência obtida através de perspectiva integradora de que é fundamental - para o futuro da vida neste planeta - que imputem deveres aos seres humanos em relação à natureza e à biodiversidade. Em sua perspectiva interdisciplinar, a Bioética situa a sua capacidade de fazer a intersecção e o diálogo entre os saberes, ressaltando, como já dito, a inexistência de

subordinação entre os mesmos. Já a competência intercultural leva em conta a capacidade de se perceber as peculiaridades culturais dos povos para a melhor compreensão de suas singularidades. Entrando em cena, elementos que muitas vezes são vistos como apenas questões subjetivas como as manifestações culturais dos povos, a religiosidade, as características etárias e biológicas, as questões de gênero reveladoras de como, por exemplo, dado grupo social, organiza simbolicamente e distribui critérios atinentes às masculinidades e às feminilidades (SCHRAMM, 2011).

O senso de humanidade seria um dos atributos centrais da Bioética profunda na medida em que convida o homem a perceber a vida através de uma perspectiva não solitária e autoritária e sim solidária. Com efeito, a existência do homem, como no caso “penso, logo existo”, não seria mais um fim em si mesmo, mas um constante existir para o Outro e com o Outro. E, neste conceito de Outro se inserem não somente aqueles com os quais partilhamos os atributos da humanidade e da sapiência e sim a todos os seres vivos que coexistem e que possibilitam a experiência da vida neste Planeta, como as plantas, animais e minerais. Por isso que a bioética não pode ser submetida ao exclusivo poderio biomédico e tampouco às práticas biomédicas devam ser o exclusivo objeto desta. Necessita ser compreendida em um sentido mais amplo para que assim possa ser legitimamente definida. Portanto, verificamos tratar-se de um arcabouço principiológico direcionado a preservar o sentido humano na sociedade cada vez mais dominada pela ciência e pela técnica (BRAUNER, 2000).

Conclui-se que a bioética tem a finalidade de proteger e preservar os valores fundamentais da humanidade. É justamente nesta “ponte” em que dialogam os benefícios que podem ser trazidos à humanidade pelo avanço e progresso tecnocientífico bem como os riscos que estas práticas podem representar aos seres humanos.

A bioética ao perceber a relevância das relações médico/paciente consagrou alguns princípios das práticas norteadoras à biomedicina e à biotecnologia, as quais resultaram no o princípio da autonomia, o princípio da beneficência ou da não maleficência e do princípio da justiça. O princípio da autonomia determina o respeito pela livre decisão do paciente, resguardando, assim, sua dignidade e seu direito de autodeterminação. O princípio da beneficência é enunciado como o dever de ponderação entre benefícios e riscos que se pode esperar de um procedimento

médico ou de uma pesquisa, com o objetivo de maximizar os benefícios e reduzir os riscos. O princípio da justiça exige a observação da justa distribuição dos benefícios e riscos na relação travada entre médico e paciente e, principalmente, nas políticas públicas de saúde e nas pesquisas científicas (CLOTET e FEIJÓ, 2011).

O princípio da autonomia assegura ao paciente o direito de decidir sobre os procedimentos médicos aos quais será submetido, enquanto o da beneficência impõe ao médico o dever de fazer o bem e evitar o mal para o paciente, de acordo com os parâmetros dos conhecimentos da medicina e de seu julgamento profissional. Nesse último princípio se encontra profunda reserva de paternalismo em relação aos conhecimentos apriorísticos do médico do que seja o melhor ao paciente. A necessidade de acomodação entre as esferas de autonomia do médico e do paciente são questões que despertam profundos debates não só na bioética, mas, sobretudo, ao Direito que cada vez mais tem demonstrado o interesse na compreensão e proteção destas relações (CORRÊA, 2010, p. 99).

Gradativamente, o modelo paternalista e autorregulador da medicina foram se tornando profundamente questionado, especialmente, impulsionado pelos estudos Bioéticos em torno da temática, direcionando-se para um modelo mais autonomista, ou seja, fundamentado no princípio da autonomia do paciente, no qual se reconhece no paciente a qualidade de sujeito autônomo e capaz de tomar as decisões que lhe dizem respeito, desde que previamente esclarecido pelo seu médico sobre os aspectos técnicos relacionados ao seu caso. Quanto a isso, verifica-se que a medicina europeia estruturou-se mais sobre o princípio da beneficência, ao passo que a medicina norte-americana mais precocemente passou a observar o princípio da autonomia em detrimento do modelo paternalista-beneficente na medida em que as demandas vinculadas a responsabilidade civil dos médicos cresceram nos tribunais deste país (GOGLIANO, 2009).

No âmbito jurídico as relações entre médicos e pacientes podem ser balizadas, ao menos em quatro tipos de estruturas distintas, as quais se diferenciam em essência pela existência ou não de relação contratual. Desse modo, vislumbra-se nas espécies contratuais a relação de prestação de serviços médicos de caráter privado. Ao lado dessas relações médicas de natureza não contratual, se encontra, exemplificativamente, nos serviços públicos de saúde prestados pelo estado, a assistência médica beneficente oriunda de instituições de caridade, sem qualquer

retribuição pecuniária do paciente, e as situações em que o médico age em socorro de uma pessoa em decorrência de seu dever profissional fora do âmbito hospitalar (CORRÊA, 2010, p. 177-178).

Em regra, a todas essas relações aduzidas é imprescindível a prévia autorização do paciente para que qualquer intervenção em seu corpo pelo médico seja considerada legítima. Ressalvados os casos de impossibilidade do paciente prestar o seu consentimento, consoante previsões expressa em lei, como por exemplo, as situações de emergência e de incapacidade temporária do paciente que se encontra sem assistência de um parente ou responsável.

Desse modo, passaremos na próxima secção a análise do consentimento informado, a fim de compreender a sua evolução história e sua modelagem jurídica no direito brasileiro.

3.2 A modelagem jurídico-dogmática do consentimento informado e sua expressão no direito brasileiro

O consentimento informado tem sido um dos temas mais discutidos na Bioética atinente as relações médicas. Decorre o interesse neste setor da biomedicina na medida em que se é possível verificar assimetrias muitas vezes injustificadas e conflitos éticos envolvendo a relação médico-paciente. Entretanto, muitas vezes esta discussão tem sido reduzida meramente aos seus aspectos legais, de modo a reduzir a complexidade desta reflexão aos aspectos meramente formais de acatamento de regras institucionais e ao preenchimento de formulários. Diante disso, a discussão destes direitos e deveres que vinculam médico e paciente tem sofrido algumas mudanças ao longo da história conforme já destacado na secção anterior (GOLDIM, 2002).

Para a compreensão do fenômeno do consentimento informado na sociedade atual impõe-se a realização de uma breve digressão no tocante a sua evolução histórica a fim de estabelecer a sua relevância nas relações biomédicas tanto para os médicos analisando a eventual responsabilização civil destes quanto asseguram a proteção aos direitos da personalidade daqueles (pacientes).

Inicialmente torna-se difícil asseverar em quais épocas e em que medida os médicos se sentiram moralmente ou deontologicamente obrigados a informar os seus pacientes. Nada obstante, encontra-se nos textos de *Hipócrates* referências muito claras a uma determinada ética médica fundamentada numa perspectiva segundo a qual o médico deveria “esconder tudo quanto pudesse” do doente, de modo a que este não tivesse conhecimento do seu estado clínico ou de qualquer prognóstico (OLIVEIRA, 2005).

Nessa perspectiva, o agir do médico coaduna-se com o paternalismo descrito anteriormente na medida em que lhe permitiria atuar na plenitude da sua liberdade técnico-científica, sem sofrer quaisquer constrangimentos, questionamentos ou perturbações externas. Diante do caráter sagrado das práticas médicas não se colocava em causa ou em questionamento o agir do médico e para este dividir informações clínicas com o seu paciente seria uma espécie de fragmentação do fundamento do seu “sagrado” agir (CAISCAIS, 2012).

Se por um lado a ética hipocrática pretendia de certa forma afastar a informação do conhecimento do paciente visando à preservação do médico e de suas práticas clínicas, por outro lado, o médico necessitava em determinadas circunstâncias da cooperação do paciente para o êxito do tratamento e por isso, nessas ocasiões, com este partilhava das informações sobre o seu estado clínico e sobre os procedimentos terapêuticos que seriam realizados (OLIVEIRA, 2005).

A relação médico-paciente mesmo dentro desse paradigma era algo bem diverso do que se pode verificar na atualidade. Isso se deve ao fato de que as práticas terapêuticas não eram desenvolvidas e a tecnologia médica era algo muito rudimentar e por isso a atuação médica revestia-se de qualidades mais intimistas e como sua relação era estritamente pessoal com o doente a sua presença tinha o caráter de confortá-lo (RAGAZZO, 2012).

A beneficência para o pensamento de Hipócrates possui em seu conteúdo a premissa de que o médico sempre sabe o que é o melhor para o paciente. O não compartilhamento das informações com os pacientes era por isso mitigada, exclusivamente, pelo fato do médico objetivar a realização do melhor desempenho clínico atinente à escolha adotada. Desse modo, registra-se que o eventual compartilhamento de informações com o paciente, neste período, como visto, não objetivava o respeito da liberdade e autodeterminação do paciente, elementos que

verdadeiramente fundamentam ao direito deste ao consentimento livre e esclarecido, mas sim a efetivação da mais perfeita execução do ato concebido e decidido pelo médico (CORRÊA, 2010).

Ainda no século XIX, mesmo depois da filosofia kantiana e da emancipação do indivíduo com a filosofia das luzes, eram os próprios avanços científicos na medicina e na biologia que criavam as condições para o aprofundamento do paternalismo médico, tornando, cada vez mais, os conhecimentos sobre as doenças e as terapêuticas correspondentes a elas um lugar longínquo da compreensão do indivíduo comum desprovido de conhecimentos médicos específicos (PEREIRA, 2004).

Com a evolução científica da medicina, torna-se crescente a necessidade do recurso à experimentação humana, especialmente, nos campos da bacteriologia, da imunologia e da fisiologia. O primeiro documento normativo que se teve conhecimento no ocidente especificamente dirigido à experimentação médica em seres humanos é uma diretiva prussiana datada de 29 de dezembro de 1990 sobre o consentimento informado emanada do ministério para os assuntos religiosos, educativos e médicos, com o título de "Instruções aos Diretores de clínicas, Policlínicas e Outros Estabelecimentos Médicos", todavia este documento por estar desamparado da força cogente do Direito não impediu que a experimentação humana prosseguisse na Alemanha, sem que o consentimento dos pacientes fosse respeitado. É, de fato, no século XX, sobretudo a partir da segunda metade, que se começa a assistir à reunião de um conjunto de condições decisivas para a definitiva integração do valor da autonomia do paciente no exercício da medicina, especialmente levando em conta a ampliação dos serviços de saúde à população e as mudanças jurídicas e sociais ocorridas nesse período (CAISCAIS, 2012).

Registre-se por oportuno que no início do século XIX, verifica-se uma das primeiras referências a aquilo que poderia ser denominado de utilização defensiva do consentimento informado. Um advogado inglês apresentava, em um livro sobre o exercício da medicina, a base jurídica para a utilização do consentimento informado em pesquisas com pacientes, relacionando-o como elemento delimitador da responsabilização dos praticados pelos médicos. Nestes termos, se houvesse o consentimento do paciente, após receber informação de que participaria um experimento científico, o pesquisador não responderia por eventuais danos

causados ao paciente, pois, o consentimento deste teria o condão de legitimar o completo agir médico. Caso contrário, sendo inobservado o consentimento do paciente, deveria o médico compensar o paciente em relação a quaisquer lesões decorrentes da experiência (Barboza 2012, p. 57 apud CLOTET; FRANCISCONI; GOLDIM, 2000, p.31-37).

As experimentações realizadas em seres humanos levadas a cabo durante a Segunda Guerra mundial por médicos alemães e japoneses e a reprovação da comunidade internacional em relação a tais comportamentos foi fundamental para o Código de Nuremberg viesse a ser elaborado em 1947. Este documento expressamente fez referência à exigência do consentimento do 'experimentado' para os ensaios clínicos com seres humanos, consagrando assim um direito do paciente ao consentimento. Em 1964, a *Declaração de Helsinque* da Associação Médica Mundial viria a estabelecer a mesma regra da necessidade de consentimento para a investigação clínica (BODIN DE MORAES, 2003).

No tocante ao aparecimento deste debate nos tribunais e na jurisprudência ocidental, verifica-se uma primeira decisão relativa a um direito ao consentimento informado. Trata-se de uma sentença inglesa de 1767, conhecida por *caso Slater versus Baker & Stapleton*, em que dois médicos são condenados não por terem quebrado o osso da perna do paciente ao tentarem colocar um aparelho ortopédico, mas por terem colocado esse mesmo aparelho sem o prévio consentimento do paciente (GOLDIM, 2002).

É, todavia, o *leading case* norte-americano *Schoendorff versus Society of New York Hospital*, em 1914, que constitui marca fundamental da incursão do direito ao consentimento informado na jurisprudência mundial. Tratava-se de um paciente que teria consentido em uma operação exploratória, para descobrir as causas para as dores e desarranjos estomacais que sofria. Embora este deixasse claro que a autorização era tão somente para a realização do diagnóstico, o médico responsável encontrou e retirou um tumor durante a operação exploratória. Após a cirurgia o paciente desenvolveu uma série de problemas que culminou na amputação de dedos. O cirurgião, com base nessa decisão daquela corte, passava, a partir de então, a ter de pedir autorização ao doente para que a sua intervenção médica não fosse ilícita por violação do direito à autodeterminação do paciente (RAGAZZO, 2009).

A partir de então a temática do dever dos médicos de obter o consentimento de seus pacientes vai ganhando novos casos na jurisprudência, especialmente, norte-americana. Em 1957, no caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, na Califórnia, utiliza-se pela primeira vez a expressão “informed consent”. Esta a expressão que, por acentuar devidamente o momento mais importante do direito ao consentimento informado - o qual consiste no dever de informação que é imputado ao médico de informar o paciente - é atualmente tanto no âmbito da doutrina como da jurisprudência, a mais utilizada (RAGAZZO, 2009).

O direito ao consentimento informado afora os textos já destacados se encontra atualmente consagrado em outros diplomas no plano internacional. Neste sentido, o mais significativo é a *Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina* do Conselho da Europa. Esta convenção - também designada por *Convenção de Oviedo* - em homenagem ao local onde que em 4 de Abril de 1997 foi aberta às assinaturas dos Estados - estabelece normatização aprofundada sobre o consentimento informado e proteção do paciente em relação as práticas biomédicas, sendo o principal documento de referência quanto ao tema na União Européia (PEREIRA, 2004).

No Brasil, a positivação bem como a sistematização normativa do consentimento informado apresenta características muito peculiares levando em conta a relevância da temática. Desse modo, o consentimento informado não se encontra tutelada diretamente na Constituição, no entanto, dever ser extraído considerando o seu sistema de garantias, proteção à pessoa humana pela via dos direitos fundamentais bem como dos direitos da personalidade, considerando o direito à vida, a autodeterminação, a integridade psicofísica do paciente. No plano infraconstitucional, a matéria está disciplinada no Código de Ética Médica, que proíbe ao médico no Artigo 56 desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Igualmente, a já mencionada Lei dos Transplantes - nº. 9.434/97 - também exige o consentimento prévio tanto do doador como do receptor para a realização da cirurgia. No que diz respeito ao doador, o artigo 9º, desta lei, em seu parágrafo quarto disciplina que a disposição de órgãos em vida, exige autorização específica por escrito e diante de testemunhas, especialmente, quando tratar-se de tecido,

órgão ou parte do corpo objeto de retirada. Ademais, em relação ao paciente receptor o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento a ser adotado.

No que concerne à pesquisa em seres humanos no Brasil e ao dever de obter o consentimento informado dos pacientes o Conselho Nacional de Saúde elaborou a Resolução 196/96, alterada em 22/03/2006, e novamente alterada pela resolução CNS 466/2012, visando normatizar a pesquisa que envolve seres humanos. Essa resolução fundamenta-se expressamente nas declarações internacionais sobre ética em pesquisa envolvendo seres humanos, incorporando os quatro princípios básicos da bioética: a autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

Nela, definiu-se o “Consentimento Livre e Esclarecido” como a anuência do sujeito da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após explicação completa e pormenorizada sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar, formalizada em um termo de consentimento, no qual conste a autorização de participação voluntária na pesquisa. Notadamente, a opção pelo consentimento escrito não substitui a informação prestada de forma verbal, que deve preceder a assinatura de qualquer termo. O termo, portanto, é mero complemento, mera instrumentalização de todo o processo de informação – que, como se viu, é de natureza complexa (CORRÊA, 2010).

O Código Civil de 2002, no seu artigo 15 estabelece a exigência do consentimento do paciente, ao dispor que “*Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*”. Contudo, silencia em relação ao dever do médico de prestar informações. Em relação ao dispositivo codificado, algumas anotações precisam ser consignadas. Primeiro que independentemente da natureza da intervenção na saúde corporal o médico sempre deverá informar o paciente. Igualmente, mesmo que o ato médico não importe em risco de vida será obrigatório ser observado o consentimento informado do paciente.

Desse modo, as demandas judiciais atinentes à relação médico-paciente foram gradativamente produzindo os contornos do dever de informar do médico bem como do direito de informação do paciente e a proteção de sua autodeterminação através de suas manifestações de vontade no âmbito dessa relação.

3.3 Perspectiva crítica do consentimento informado: autonomia e vulnerabilidade (pacientes vulneráveis)

O fenômeno do consentimento informado necessita ser analisado através de uma visão crítica que não se contente apenas com o preenchimento de requisitos formais de obtenção do consentimento do paciente por parte do médico. Decorre disso, a necessidade de se compreender o consentimento informado não apenas reduzido a uma simples declaração de vontade que muitas vezes é formalizada em documento escrito, mas, sobretudo, através do prisma de uma relação jurídica a qual possui a natureza de um processo que se realiza no tempo através do desencadeamento de operações elementares, as quais podem ser traduzidas nas seguintes etapas: informação, confirmação do esclarecimento e consentimento.

A qualidade de requisito prévio do consentimento informado para intervenção no corpo humano respalda o ato médico com boa-fé objetiva e respeito à dignidade humana, e nesse sentido, o consentimento informado *“não está vinculado ao exercício efetivo da medicina, o que significa que ele é necessário ainda que não haja uma intervenção concreta na integridade corporal do paciente”* (CORRÊA, 2010, p. 181).

Frise-se, uma vez mais que o consentimento informado deve ser concebido como fenômeno de natureza dialógica que envolve a fusão dos horizontes do médico e do paciente. Pela sua característica dinâmica e interativa entre médico e paciente deve culminar na anuência da prática de determinado ato médico. Neste processo não é somente o paciente que possui o direito de ser informado visto que esse mesmo direito, igualmente, é assistido ao médico dado o caráter colaborativo que reveste esta relação (ÁLVARO DIAS, 1994).

No âmbito dessa relação, a informação é o pressuposto para que o paciente exerça o seu direito de autodeterminação e por isto é também a condição de

validade do consentimento do paciente. Quando o médico não informa ou informa deficientemente o paciente, o consentimento deste será automaticamente inválido, porque se refere a um ato médico diverso daquele sobre o qual o paciente teria assentado a sua vontade.

A definição do consentimento esclarecido como requisito de licitude da intervenção médica ou científica no corpo humano não possui natureza negocial. A sua necessidade independe como já asseverado, de relação negocial pré-existente entre médico e paciente. Desse modo, a decisão do paciente sobre a tolerância relativa a atos que incidem sobre a sua integridade corporal dizem respeito a atos de autonomia existencial que são de natureza personalíssima.

Por isso recai sobre o médico responsável pela intervenção no paciente o dever informá-lo de modo a permiti-lo, sempre que possível, um espaço de tempo razoável para que este possa refletir e decidir com a necessária tranquilidade. Toda a informação importante e relevante para um consentimento verdadeiramente livre e esclarecido deverá ser, sobretudo, clara e suficiente para a tomada de decisão.

Nesse diapasão, a informação deverá ser clara, simples e acessível ao paciente. O critério a ser observado é o da singularidade e concretude da pessoa do paciente que reconheça o seu nível sociocultural e à sua capacidade de compreensão devendo o médico aberto a responder as eventuais questões suscitadas pelo paciente.

Ademais, o esclarecimento deve ser prestado sempre previamente a cada nova fase do tratamento, devendo abranger o diagnóstico, a terapêutica e o prognóstico de sua doença. O médico deve transmitir essas informações com palavras adequadas, em termos compreensíveis a capacidade cognitiva do paciente. Nesse sentido, o Código de Ética Médica brasileiro dispõe em seu Artigo 34 que: *“Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”*.

Quanto à questão da quantidade de informação, deverá esta ser suficiente para que o consentimento se possa considerar esclarecido e o paciente possa assentar a sua decisão de consentir ou de dissentir numa base informativa verdadeira e cabal, sem o que o seu consentimento será inválido (OLIVEIRA, 2005).

Na linha intermediária da concretização do processo do consentimento informado situa-se o dever do médico de averiguar se o interessado entendeu as explicações que lhe foram fornecidas e ela terá de ser posteriormente certificada, nos casos de exteriorização escrita do consentimento, visto que se o médico não confirmar que o paciente ficou cabalmente esclarecido, esta informação ficará totalmente esvaziada de conteúdo, perdendo a sua razão de ser - e passando assim a estar eivado de invalidade tal como se não tivesse existido qualquer informação.

Este dever de confirmar o esclarecimento assume hoje particular importância, devido não só aos casos de medicina em equipe ou à própria (e necessária) interdisciplinaridade que sempre marca a relação entre as várias especialidades, mas, sobretudo com o fenómeno da crescente utilização de formulários pré-elaborados, que contêm informações sobre o ato médico em causa, e em que o paciente se limita a apor a sua assinatura.

O terceiro e último momento do fenómeno do consentimento informado é o consentimento, em si mesmo. Depois de cumprido pelo médico o respectivo dever de informação, seguido do dever de confirmação do esclarecimento, segue-se finalmente a derradeira fase que cumpre o dever de permitir ao paciente o exercício do seu direito de autodeterminação. Observadas essas etapas estar-se-á diante do consentimento livre e esclarecido do paciente, elementos que legitimarão o ato médico e o revestirão de licitude.

Foi analisado até o presente momento neste capítulo as prescrições e roteiro ideais para o desenvolvimento da relação médico-paciente legitimamente fundamentada pelo consentimento informado. No entanto, cumpre esclarecer que ao longo deste processo que foi aludido em três fases, muitos elementos, na maioria das vezes, não são considerados na análise jurídica. Por isso, para sairmos do formalismo vazio que pode representar o consentimento informado reflexo de um contentamento do preenchimento de requisitos formais tão somente e assim estaríamos diante de uma falsa cidadania bem como a violação concreta de direitos da personalidade no âmbito dessas relações.

A construção do consentimento informado com ênfase exclusiva no preenchimento de requisitos formais que culminam na assinatura do paciente que supostamente tem conhecimento concretamente da situação que deve manifestar-se, assemelha-se a uma ideia gestada por muito tempo no direito atinente a uma

igualdade substância que fora exaustivamente destacada no primeiro capítulo. Igualdade que permitia os mais diversos abusos cometidos pelos particulares e aprofundamento das desigualdades sociais com a aquiescência do Estado. Com decorrência do desmesurado arbítrio dos particulares tornou-se tão necessária a intervenção do Estado na economia e promoção de uma igualdade substancial entre os indivíduos.

Compulsando as perspectivas aduzidas em relação a relação médico e paciente bem como a evolução do dever de informação dos médicos que culmina na obrigatoriedade do consentimento informado é possível situar esta temática de modo análogo as questões da igualdade aduzidas acima. A necessidade de proteção substancial e concreta da pessoa humana não permite a conformação com um discurso que reconhece a autonomia do paciente porque a sua participação na relação médica satisfaz critérios de legalidade, especialmente associada a uma diuturna prática médica defensiva.

A modificação da estruturação das práticas biomédicas que sempre gozaram de uma substancial autorregulamentação, cujas sanções só eram realizadas entre a própria classe médica ao passar a ser ingerência do poder judiciário a conduta dos médicos deu ensejo a um temor nesta classe de profissionais em relação a responsabilidade civil em decorrência dos atos médicos.

Nessa perspectiva é possível perceber que a normatização em torno do consentimento informado na maioria das vezes é concebido como um instrumento de proteção e defesa do médico em relação a eventual responsabilização civil deste oriunda de ilícito praticado em face de um paciente, especialmente, quando estiver ausente a concordância deste em relação a o uso e aplicação de dada terapia.

Na esteira de uma perspectiva crítica em torno do papel do consentimento informado nas práticas biomédicas, considerando a autonomia e vulnerabilidade dos pacientes passa-se a desenvolver algumas considerações extraídas do debate bioético contemporâneo no tocante a este tema.

A bioética tem proporcionado interessantes e profícuos debates no que respeita a temática da relação autonomia, paternalismo e consentimento informado. A bioética tem identificado que a relação médico/paciente se concentra demasiadamente em estabelecer quem possui o controle desta relação e acaba por

ignorar questões éticas significativas que na maioria das vezes não é objeto de análise quanto esta temática é enfrentada.

As questões éticas aludidas não são simplesmente a de quem tem o direito a tomar as decisões sobre o cuidado e a saúde do paciente, ou seja, se defender a autonomia ou o paternalismo em um caso particular. A questão fundamental reside em um ponto mais profundo, qual seja o de fortalecer a capacidade de ação moral do paciente, de ajudá-lo e conduzi-lo a tomar decisões médicas que poderão beneficiá-lo. Para tanto, esta tarefa requer uma mudança radical na maneira como se pensa a relação médico-paciente e o desenvolvimento de modelos superiores de comunicação e respeito mútuo entre os envolvidos nesta (SALLES, 2008).

O ponto de partida desta análise situa que desde os tempos de Hipócrates, diversas gerações de médicos se comprometeram a cuidar de seus pacientes e ajudá-los a recuperar um melhor estado de saúde. Ao longo dos anos, a beneficência médica se constituiu em um pilar de uma relação que foi concebida como essencialmente paternalista. Com efeito, se considerava que o médico estava justificado para tomar decisões em função de acreditar que esta beneficiaria seu paciente, independentemente dos desejos deste.

Os motivos que sempre foram invocados para justificar as assimetrias em relação ao poder de decisão entre o médico e o paciente eram fundamentalmente três: em primeiro lugar o conhecimento da medicina e experiência terapêutica dos profissionais de saúde; em segundo lugar, a suposta falta de racionalidade e objetividade do paciente o qual por seu estado de enfermidade se suporia incapaz de tomar decisões razoáveis; em terceiro lugar, prevalecia uma certa imagem do médico como um ser desinteressado, altruísta, absolutamente dedicado ao paciente e disposto a fazer todo o possível para beneficiá-lo e a imagem do paciente como um ser dependente e que somente lhe restava confiar nas diretivas de seu médico. Portanto, seu bem-estar da autoridade e das decisões tomadas pelo profissional da saúde (SALLES, 2008).

Como saliente a discussão acerca da relação médico-paciente tem o seu debate empobrecido quando se analisa exclusivamente a incidência de termos maiores ou menores de graus de autonomia. Tal questão manifesta-se como eticamente interessante, cujos principais estudos, têm sido realizados por uma bioética denominada de "bioética feminista". A luz dessa abordagem que será

valiosa para a reflexão crítica em torno do consentimento informado é possível identificar três eixos temáticos no tratamento da relação médico-paciente (SALLES, 2008).

Um primeiro eixo de discussão destaca que o debate autonomia-paternalismo como marco dessa relação médico-paciente se concentra demasiado no tema que permeia um antagonismo de quem tem o controle da relação e por isso ignora duas questões significativas que serão destacadas.

Dentre estas, destaca-se primeiramente o tema da capacidade de ação moral dos pacientes. Nessa perspectiva necessita-se que se abandone a suposição existente pela ética médica tradicional de que o paciente é uma pessoa genérica que carece de particularidades identificadoras. Esta concepção de paciente que ainda predomina na prática médica, representa um impacto negativo ao enfermo. Para a bioética feminista, as diferenças de gênero e classe e etnia possuem implicações importantes nesta relação e, no entanto, caso o profissional de saúde as ignore dificilmente poderá respeitar e promover genuinamente a promoção moral de seu paciente (SALLES, 2008).

Outra questão que se deixa de lado ao enfatizar o tema de quem possui o controle na relação é de natureza epistemológica. Nesse sentido, uma questão fundamental que prescinde todo este debate tangencia e questiona que tipo de conhecimento permite a medicina a sua autoridade e seu status social. Trazidas estas questões para o contexto do encontro clínico que envolve médico e paciente verifica-se uma tendência por parte dos médicos de desestimular a relevância do conhecimento de seus pacientes por considerá-los sem valor científico e essencialmente subjetivo e não alicerçados em bases racionais. Pela perspectiva feminista, esse conhecimento do paciente deve ser um ponto de partida ao diálogo que coloque o paciente e o médico na condição de colaboradores. Desse modo, ambos devem aspirar ao bem do paciente, porém este resultado deve ser obtido considerando não exclusivamente o que entende o paciente nem o que o médico julga o mais apropriado, mas, sobretudo, como ambos passam a considerar juntos os elementos e informações que lhes são disponíveis (SALLES, 2008).

Ademais, um segundo eixo temático no tratamento feminista da relação médico - paciente reconhece a importância da autonomia do paciente, sem, todavia concebê-la de modo estritamente individual. Aduzem que esse modelo de autonomia

individual apresenta um caráter preponderantemente utópico. Sustentam, ao revés disso, um modelo de autonomia relacional (SALLES, 2008).

Para entender a autonomia relacional mais do que o exercício efetivo de recursos e capacidades sociais em geral também requer que se satisfaçam as condições estruturais apropriadas. Essa perspectiva situa a relação médico-paciente no âmbito do exercício da cidadania. Ressalta que o não exercício da cidadania em outras dimensões da vida social pelo indivíduo também influenciam no contexto dessa relação biomédica.

Desse modo, restrições materiais, a falta de educação e a pobreza constituem limites reais e influenciam as opções que possui uma pessoa e ao decidir exterioriza a sua capacidade de autodeterminação. Por isso a presença ou ausência de autonomia vai mais além do que a possibilidade de opções, relacionando-se de maneira crucial com a oportunidade que a pessoa teve de desenvolver o tipo de habilidades que lhe permitem eleger uma opção em detrimento de outra.

Com efeito, um terceiro eixo de discussão dentro da bioética feminista é a questão do poder e a sua distribuição nesta relação o médico possui quando se encontra em uma relação com o paciente o poder sobre o paciente relacionado ao a profundidade de seus conhecimentos, especialmente, em relação à ciência médica. Seus atributos e qualidades pessoais e seu carisma exercem influência de dominação aos pacientes bem como o seu status social e superior dentro da saúde (SALLES, 2008).

Diante desse cenário, é possível verificar inúmeros elementos que passam invisíveis aos olhos do mundo jurídico e que para que tal análise tenha legitimidade neste campo de estudos necessitam ser reconhecidos e desenvolvidos na medida em que esta relação tem natureza concreta e não formal e hipotética.

Além disso, um último registro diz respeito à relação de direito e deveres entre o médico e o paciente. Recentemente tem se questionado nos países anglo-saxões no que respeita a assimetria que supostamente diria respeito à atribuição da responsabilidade dentro da relação médico e paciente. E por isso tem-se refletido que se Bioética tem como objetivo identificar assimetrias e minimizar aquelas que são injustificadas e não adequadas eticamente, não deveria também ela refletir sobre a assimetria a respeito das responsabilidades? Nesse sentido, tem crescido o

debate em torno das obrigações que os pacientes possuem em relação a seus médicos (SALLES, 2008).

Levando em conta as reflexões aduzidas que permeiam o processo que envolve a relação entre o médico e o paciente que são a informação, confirmação do esclarecimento e consentimento é possível situar a complexidade que muitas vezes é ignorada em no tocante aos contornos desta relação.

Ademais, é preciso levar em conta as condições econômicas e sociais nas quais se insere a obtenção do consentimento informado, também não podem ser ignoradas. Principalmente em um país como o Brasil, que espelha uma realidade social injusta, em que milhões de pessoas vivem em absoluta pobreza e que a grande maioria da população não tem acesso nem mesmo aos serviços básicos de saúde. No contexto nacional, falar em consentimento livre esclarecido do paciente ou pesquisado é praticamente impossível (SALLES, 2008).

Assim sendo, a preocupação que norteia as pessoas em estado de pobreza é muito mais imediata e dirige-se ao fato de conseguir os tratamentos de saúde, o que, para elas, já é muito difícil. Falar em autonomia em uma situação de pobreza, em que muitas vezes o simples fato de conseguir um tratamento médico ou remédios já é percebido como uma benção é bastante difícil (CORRÊA, 2010).

A reflexão em torno do consentimento informado impõe a necessidade do exame crítico dessa relação e que conceba a pessoa/paciente como ser concreto inserido em diversos contextos e relações sociais percebido em sua inerente singularidade. Igualmente essa discussão não deve ser pautada por uma disputa de poder e uma medicina defensiva ancorada no temor da responsabilidade civil do médico não contribuirá para a efetividade da autonomia dos pacientes bem como o consentimento informado não refletirá a proteção de seus direitos da personalidade.

Portanto, a pretensão de proteção dos direitos da personalidade dos pacientes considerando que estes se encontram em uma situação de vulnerabilidade dentro de uma relação assimétrica que produz obstáculos ao exercício de sua autonomia precisava considerar esta relação dentro de um contexto mais amplo referente ao exercício da cidadania plena.

Diante de tudo que foi aduzido, as instituições jurídicas, diante desse cenário só dispõem de mecanismos repressivos em face de uma violação de um dever

objetivo de informação. Todos estes outros elementos que impactam e se relacionam com a vulnerabilidade e a autonomia dificilmente poderão ser protegidos pelo direito tendo em vista a singularidade desta relação e o local no qual ela acontece.

Por isso, percebe-se como aduzido por Konrad Hesse a necessidade da existência por parte da população e dos interpretes imediatos da constituição de uma vontade não apenas de poder, mas sim uma verdadeira vontade de constituição, o mesmo vale para a relação médico-paciente. Nesse sentido, visualiza-se o papel da medicina e dos médicos no tocante a garantia e proteção dos direitos da personalidade dos pacientes (CORRÊA, 2010).

Torna-se assim imperioso não a produção de uma medicina defensiva por parte da classe médica diante do risco da responsabilização civil, mas especialmente uma mudança de paradigma e de compreensão de mundo a fim de que a classe médica assuma um importante papel que a sociedade contemporânea lhe aguarda com ansiedade ligada a um compromisso racional desta classe com promoção dos valores substanciais da pessoa humana na relação médico e paciente.

Somente com a adesão dessa classe ao projeto civilizatório que foi iniciado com a Constituição de 1988 de que o fundamento do Estado de direito é o valor da dignidade da pessoa humana estaremos diante da possibilidade da máxima proteção da pessoa humana em seus atributos essenciais no âmbito das relações médicas.

Desse modo, uma justiça social deve passar primeiramente por uma solidariedade social.

CONCLUSÃO

O presente estudo, ao desenvolver a temática da autonomia privada existencial e da proteção dos direitos da personalidade nas relações entre médicos e paciente, com ênfase na relevância e papel do consentimento informado, traçou um

panorama geral, no primeiro capítulo, como forma de estabelecer o quadro dogmático no qual o objeto deste trabalho se insere.

Verificou-se a importância do sistema de Direito Privado construídas a partir do Direito Romano, ocasião em que fora identificado no pensamento jurídico a primeira aparição da distinção entre o Direito Público e o Direito Privado.

Desse modo, a redescoberta do Direito Privado Romano e seu conseqüente aprofundamento pelo movimento pandectista deu ensejo a que esta dicotomia se amplia-se, especialmente, pelo fato de que o contexto socioeconômico deste período corresponde ao momento de afirmação social da classe burguesa. Percebendo-se que a consagração máxima desta cisão do mundo jurídico em dois polos se deu com o advento das codificações, notadamente, com a promulgação do Código Civil francês de 1804.

O mundo da segurança erigido pelos códigos, como visto, não foi capaz de responder às demandas advindas de uma sociedade que se tornava industrializada e urbana, e, com isso a concepção burguesa liberal do Estado como apenas garantidor das regras do jogo abre lugar a necessidade de um Estado capaz de dirigir a sociedade e interferir nas desigualdades sociais que a autorregulamentação da economia produziu.

Nesse sentido, identificou-se um movimento de fortalecimento do Estado na medida em que o direito privado, especialmente, o direito civil passa a ter o enxugamento de matérias e a funcionalização de seus institutos pelo surgimento dos microssistemas de Direito Privado.

Esse processo consolida-se com a afirmação do valor fundamental da pessoa humana após a Segunda Guerra que passa ser protegido constitucionalmente imprimindo assim a necessidade de uma força normativa da constituição. Vimos, assim, com a constitucionalização do direito o caráter daquela dicotomia entre o público e o privado, tornou-se basicamente uma categoria metodológica para a análise do direito tendo que a constituição passou conferir unidade ao ordenamento jurídico e com isso o direito civil passa a ser repersonalizado com foi demonstrado.

Demonstrou-se que com a afirmação jurídica da dignidade da pessoa humana tornou-se necessário reestabelecer a noção de pessoa para o direito, não

mais podendo ser considerada como apenas sujeito de direitos. Passando a ser reconhecida a proteção das situações jurídicas existências da pessoa através dos direitos da personalidade que passaram a conferir a proteção fundamental da pessoa no sistema de direito privado. Direitos que embora estejam expressos de maneira típica correlacionam-se com um direito geral de personalidade como forma de tutela avançada e proteção integral da pessoa humana.

Dentre estes direitos de personalidade situou-se, especialmente, a proteção da integridade psicofísica da pessoa como um direito a saúde e proteção de seu corpo, evidenciando-se, assim, o papel do consentimento informado, como requisito prévio e legitimador da atividade médica para a intervenção terapêutica ou científica no corpo do paciente.

Constatou-se que na medida em que o consentimento informado objetiva à proteção do direito à vida, autodeterminação, e integridade psicofísica dos pacientes nas relações médica deve ser considerado como um direito da personalidade.

Ao analisar-se a relação médico-paciente foi possível perceber a sua passagem de um caráter paternalista de natureza hipocrática fundamentada no princípio da beneficência a um modelo de autonomia do paciente marcado pela impessoalidade da relação médico-paciente gradativamente construída pela afirmação do dever jurídico do médico informar o paciente e obter desse o consentimento para a prática de atos médicos legítimos. E neste cenário verificou-se a necessidade de proteção substancial da pessoa não pode se conformar com a formalização do consentimento informado.

Desse modo, ao conceber esta como um processo que culmina em uma manifestação de vontade que pode ser revestida de forma escrita, percebe-se nesse cenário o relevo não apenas da decisão da verificação se houve ou não o consentimento do paciente, mas sim como se desenvolveu esse processo, considerando as relações de poder, culturais, cognitivas que estão em torno dessa relação.

Relevando-se também uma crítica de uma justiça social no contexto brasileiro em que milhões de pessoas ou não possuem acesso ou este é deficientemente fornecido pelo Estado que torna a pessoa/paciente mais vulnerável nesta relação na medida em que o seu acesso ainda é um privilégio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos M. de. **El derecho civil a finales del siglo XX**. Madrid: Tecnos, S.A. 1991.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler De. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no código civil de 2002. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101-118.

ASCENSÃO, José de Oliveira. "A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos". In: RIBEIRO, G. P. L e TEIXEIRA, A. C. B (org.), **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 1-26.

_____, José de Oliveira. " Pessoa, direitos fundamentais e direitos de personalidade". Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 26, p. 43-66, abr.-jun. 2006.

ÁLVARO DIAS, João. Responsabilidade, informação, consentimento e confidencialidade. In: **Revista Portuguesa do Dano Corporal**, vol. 3, n.º 4, 1994, p. 15

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 5.ed. São Paulo: Forense, 2003.

BARBOSA, Heloisa Helena. "A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil". In: RIBEIRO, G. P. L e TEIXEIRA, A. C. B (org.), **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 53 - 66.

_____, Heloísa Helena. Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos: efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 205 - 234.

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coords.). **Comentários ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

BARRETO, Vicente P. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMMANN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCHI, Paolo. **O princípio da Dignidade Humana**. Tradução: Ubenais Lacerda. Aparecida, São Paulo: Editora Santuário, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade e o projeto do código civil brasileiro**. Revista de informação legislativa, v. 15, n. 60, p. 105-128, out./dez. 1978 | Justitia, v. 39, n. 99, p. 123-145, set./dez. 1977. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181034>.

BOBBIO, Norberto. A grande dicotomia: público/privado. In: **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política [Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica]**. 14.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait, São Paulo, Editora Mandarin, 2000.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-147.

_____, Maria Celina. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

_____, Maria Claudia Crespo. Ciência, Biotecnologia e Normatividade. In: **Ciência e Cultura**, SBPC: São Paulo, vol. 57, n. 1, Jan./Mar. 2005. p. 34-37.

BOURDIEU, Pierre. **Escritos de educação**. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

CAENEGEM, Raoul C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2.ed. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. Revisão Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.) **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 108-116.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CASCAIS, António Fernando. "A experimentação humana e a crise da auto-regulação da biomedicina". In: RIBEIRO, G. P. L e TEIXEIRA, A. C. B (org.), **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 27-52.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. **Início da personalidade da pessoa natural no projeto de código civil brasileiro Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 3, p. 693 – 712. Out - 2010 DTR\1998\82.

CLOTET, Joaquim e FEIJÓ, Anamaria. "Bioética: uma visão panorâmica". In: **Bioética uma visão panorâmica**. Coordenadores. CLOTET, Joaquim; Feijó, Anamaria; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 21-35.

COMPARATO, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

CORRÊA, Adriana Espíndola. **Consentimento livre e esclarecido: o corpo objeto de relações jurídicas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

D'ASSUNÇÃO BARROS, José. **Papas, imperadores e hereges na idade média**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIAS, Jaqueline Sarmento. **O Direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Vol.1**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel. A. **Teoria geral da relação jurídica**. Vol. I. Sujeito e Objeto. Coimbra. Livraria Almedina, 1992.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo CC. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição**,

Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 11-60.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. **A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista.** Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, Rio de Janeiro: Padma, jul./set., 2008

FARIAS, C. C. D e ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil:** Parte geral e LINDB. Salvador: Editora Juspodivm, 10ª Ed, 2012.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de consumo e pós-modernismo.** São Paulo, SP: Studio Nobel, 1995.

FREITAS, Teixeira de. **Consolidação das leis civis.** 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1886.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Civitas, 1986.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da solidariedade.** Rio de Janeiro - São Paulo: Paz & Terra, 2014.

GASSET, José Ortega. **O Homem e a Gente.** Rio de Janeiro: Editora Livro Ibero-Americano, 1960.

_____, José Ortega. **Meditações do Quixote.** São Paulo: Livro Ibero-Americana, 1967.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao direito.** 7.ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2013.

GIORGIANNI, Michele. Il diritto privato ed i suoi attuali confini. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, 1.961, p. 400-420

GOMES, Orlando. A agonia do Código Civil. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, n.7, p. 1-9, Rio de Janeiro: jul. 1985.

GOLDIM, José Roberto. **O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia.** in: Revista AMRIGS, Porto Alegre, 46 (3,4): 109-116, jul.-dez. 2002.

GOLDIM, José Roberto. "Bioética e complexidade". In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e Responsabilidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 55 - 72.

GOGLIANO, Daisy. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coord.). **Responsabilidade civil – Estudos em homenagem ao Prof. Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 129-130.

GROSSI, PAOLO. **A ordem jurídica medieval**. Tradução Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução: Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Hermann. **Demian**: história da juventude de Emil Sinclair. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KELSEN, HANS. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Lisboa, 1980, Editora Edições 70.

LUNA, Florencia; SALES, Arleen L.F. **Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial - Tomo VII**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 4ª Ed. 1983.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. **Revista de Direito Privado**, vol. 2/2000, p. 187 – 204, Abr - Jun / 2000.

MORATO, Antonio Carlos. **Quadro geral dos direitos da personalidade**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 31/2013 | p. 49 - 96 | Jan - Jun / 2013.

MOTA PINTO, Paulo. "Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: Ingo

Wolfgang Sarlet (org.), **A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-84.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

NOVAIS, Jorge. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1987.

NUNES, Antônio José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... Reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Editora Lúmen Júris. 2011.

OLIVEIRA, Guilherme De. Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica. In: **Temas de Direito da Medicina**, 2.ed. aumentada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

OTERO, Paulo. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**. Coimbra: Almedina, 1999.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O Consentimento informado na relação médico-paciente – estudos de direito civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro -São Paulo - Recife: Renovar, 2008.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Lisboa: Almedina, 1997.

_____, Pietro. **Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil-constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. In: **Die Aufgabe des Privatrechts, (trad. it. Il compito del diritto privato)**. Milano: Giuffrè, 1990.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de informar dos médicos e o consentimento informado**. Curitiba: Juruá, 2009. 1ª ed. 4ª Tir.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. A normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito Privado. **Revista da EMERRJ**, V.6. Rio de Janeiro: EMERJ, 2003, p. 272-297.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. Revista e atualizada, São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro. In: JACOB DE FRADERA, Vera Maria (org.), **O Direito Privado brasileiro na**

Visão de Clóvis do Couto e Silva Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-31.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental Alemã. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STEIN, Peter G. **El derecho romano en la história de europa: História de una cultura jurídica.** Prólogo Juan Pablo Fusi. Madrid. Siglo Veintiuno, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 - out./dez. 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direto de Personalidade.** Coimbra: Almedina: 2006.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 2.ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite.** Torino: Einaudi, 1992.